PIERO CALAMANDREI
OPERE GIURIDICHE
IX
ESECUZIONE FORZATA E PROCEDIMENTI SPECIALI
COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO
RomaTrE-Press
2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

La memoria del diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
9

Piero Calamandrei

OPERE GIURIDICHE
Volume IX

Esecuzione forzata e procedimenti speciali

Presentazione di Vittorio Denti

Riedizione a cura della
Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei
Istituzione del Comune di Montepulciano
e della
Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma

RomaTrE-Press
2019

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press
Roma, settembre 2019
ISBN: 978-88-32136-57-9

http://romatrepress.uniroma3.it

Le eredi di Piero Calamandrei, titolari dei diritti sulle sue opere, hanno autorizzato la Roma TrE-Press a diffondere in *open access* questo volume i cui contenuti sono assoggettati alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International Licence* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale. Il volume, oltre che sulla piattaforma della Roma TrE-Press è disponibile su quella di Google Books.

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
La memoria del diritto

Con la Collana "*La memoria del diritto*" il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre intende offrire alle comunità dei giuristi, italiani e stranieri, la possibilità di accedere, a distanza e in formato digitale, a classici ormai introvabili e spesso conservati ormai nei "fondi" delle Biblioteche.

Il diritto è una disciplina intrinsecamente storica, costruita su materiali normativi e concettuali che si sono formati e stratificati con il passare dei secoli. La conoscenza delle opere dei grandi Maestri risponde ad esigenze al tempo stesso metodologiche e culturali. "Memoria" è un vocabolo che esprime una tensione creatrice fondata sullo studio e la rivisitazione del passato.

Questa Collana si aggiunge all'altra Collana di Dipartimento "*L'unità del diritto*" esprimendo la complessità, ma anche la unitarietà diacronica e sincronica, del fenomeno giuridico.

La opzione per pubblicazioni in *open access* risponde pienamente al progetto di Dipartimento di Eccellenza: l'Università in quanto istituzione di formazione e di ricerca finanziata da risorse pubbliche ha un obbligo – ma anche un precipuo interesse – a diffondere con un raggio quanto più ampio i risultati delle proprie attività, creando esternalità positive e offrendo la possibilità anche a chi non è direttamente impegnato nella ricerca universitaria a sviluppare proprie piste di indagine e arricchendo i propri orizzonti culturali.

La scelta di inaugurare la Collana con i dieci volumi delle "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei vuole essere emblematica, creando un ponte intellettuale che copre oltre un secolo e che si proietta, grazie alla acutezza del grande Giurista e uomo politico, nella contemporaneità.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Presentazione della riedizione

La Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, istituzione del Comune di Montepulciano e la Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" di Roma sono liete di rendere accessibili agli studiosi del diritto così come ad un più ampio pubblico le "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei, attualmente purtroppo reperibili solo nelle biblioteche.

L'opera multiforme di Piero Calamandrei (1889-1956) spazia dal diritto alla letteratura, alla poesia, alla pittura, alla fotografia e non cessa di offrire spunti attualissimi di acuta riflessione sulle istituzioni, i principi che le devono reggere, i rischi e le sfide della democrazia.

Queste "Opere Giuridiche" possono dunque essere lette in congiunzione, non solo ideale, con quelle pubblicate o ripubblicate in questi anni grazie alla cura di eminenti giuristi e studiosi ed ai tanti ritrovamenti archivistici di inediti significativi. Oltre ai classici *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, l'*Inventario della casa di campagna* e *Uomini e città della resistenza* citiamo l'edizione integrale dei *Diari (1939-1945),* gli inediti *Fede nel diritto, Non c'è libertà senza legalità , Il fascismo come regime della menzogna* e le raccolte *L'avvenire dei diritti di libertà, Patologia della corruzione parlamentare, Per la scuola, La burla di primavera* .

Nel licenziare l'opera per la sua diffusione planetaria in *open access* un particolare ringraziamento va a Google Books e alla sua squadra, che ha curato una scansione digitale di qualità, a Matilda Cappelletti, figlia di Mauro Cappelletti allievo prediletto di Calamandrei e curatore, fra gli anni '70 e '80, della edizione delle "Opere Giuridiche", al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre che ha voluto dare vita, per l'occasio-

ne, alla Collana "*La memoria del diritto*", un titolo che pensiamo sarebbe piaciuto al grande Maestro. Ed infine alla Roma TrE-Press che continua nella sua meritoria opera di rendere accessibile a tutti, senza oneri, i risultati delle ricerche universitarie.

Silvia Calamandrei
Presidente della Biblioteca
e Archivio Storico
Istituzione del Comune di Montepulciano

Vincenzo Zeno-Zencovich
Presidente della Fondazione
"Centro di iniziativa giuridica
Piero Calamandrei" - Roma

ATTUALITA' DI PIERO CALAMANDREI, PROCESSUALISTA

1.- Ristampare oggi le *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei non è soltanto un modo efficace per offrire agli studiosi del processo civile un facile accesso a preziosi volumi ormai fuori commercio; significa anche e soprattutto riconoscere il profondo legame fra le origini della dottrina processualcivilistica e il futuro del processo civile, che attraversa il passato meno recente per giungere fino all'attuale presente, secondo una continuità e un destino che sono in realtà fuori dal tempo, ciò che avviene solo ed esclusivamente per i "classici".

Questa consapevolezza era già viva nei giuristi del passato che, con amorevole cura e lungimirante dedizione, ebbero l'idea di raccogliere – sotto la guida di Mauro Cappelletti – tutti gli studi giuridici di Piero Calamandrei: le monografie sulla *Cassazione civile* e sulla *Chiamata in garanzia*, le *Istituzioni del processo civile* e gli scritti che si fa fatica a qualificare come «minori», costituendo delle vere e proprie pietre miliari in tema di teoria generale del processo, di prova civile, di vizi della sentenza e mezzi di impugnazione, di tutela cautelare e di giustizia costituzionale.

A quella lodevole iniziativa parteciparono, con brillanti saggi introduttivi, studiosi del calibro di Virgilio Andrioli, Enrico Tullio Liebman, Tito Carnacini, Vittorio Denti, Giovanni Pugliese, Costantino Mortati, riuniti dall'idea di appartenere ad una comunità accademica coesa e consapevoli di essere di fronte a studi di intramontabile valore, i quali vennero presentati con il rispetto e con l'ammirazione che merita un autentico fondatore della disciplina.

Chiunque rilegga oggi uno qualsiasi dei saggi di Piero Calamandrei ne può constatare la profondità del pensiero, la ricchezza degli spunti, l'originalità dei risultati, l'eleganza della prosa, la viva e perdurante attualità.

La vastità del pensiero dell'insigne giurista fiorentino – che è stato ad un tempo Professore di diritto processuale civile, Rettore dell'Università degli Studi di Firenze, Presidente del Consiglio Nazionale forense e Deputato dell'Assemblea Costituente – non si presta ad una minuta e noiosa rassegna, proprio per la straordinarietà della sua vita scientifica e umana. Ci limitiamo , quindi, a segnalare alcune delle idee più significative del suo insegnamento, che possono ormai considerarsi patrimonio comune dell'odierna dottrina processualcivilistica, anche in considerazione dei successivi sviluppi: la natura della Cassazione civile, la visione del processo come gioco, la funzione della tutela cautelare, i concetti di verità e di verosimiglianza nel processo.

2.- La Cassazione, quale organo supremo di giustizia e regolatore dei rapporti tra le diverse giurisdizioni, costituisce il risultato più significativo ed importante dell'opera scientifica di Piero Calamandrei, sebbene, all'epoca, questa avesse suscitato le perplessità ricordate da Virgilio Andrioli.
Nel 1933, nel decennale della Cassazione unica, Piero Calamandrei scriveva che «la porta, per la quale la scienza del diritto entra più liberamente nelle aule di giustizia, è quella della Cassazione unificata».
Nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, quando si discuteva dell'art. 102, corrispondente all'attuale settimo comma dell'art. 111 Cost., Piero Calamandrei arrivò in ritardo. Nella prima parte del dibattito, Giovanni Leone difese la proposta della Commissione contro gli emendamenti diretti a reistituire le Cassazioni regionali, sostenuti anche da Palmiro Togliatti e da Vittorio Emanuele Orlando.
Nel rinnovato quadro normativo, ma quando si riteneva ancora che parte delle disposizioni della Carta fondamentale della Repubblica fossero meramente «programmatiche», la Cassazione riconobbe che l'art. 111, comma 2 (oggi 7), avesse immediata portata precettiva (Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, 1248).
L'assemblea generale della Corte di Cassazione del 23 aprile 1999 aveva segnalato i rischi paventati per l'attività della Corte.
La crescita esponenziale dei ricorsi, dipendente in buona parte anche dalla riforma del contenzioso tributario e, da ultimo, dalle controversie in materia di immigrazione, ha creato, per la Corte, una situazione di emergenza.
Quest'ultima, a sua volta, ha suscitato una frenesia legislativa che, pur diretta

a porre rimedio, ha fatto del procedimento di legittimità un gioco dell'oca (*Foro it.*, 2018, V, 213), privo di oggettiva base razionale e mortificante anche per i magistrati.
La cattedrale della giustizia è un edificio alla manutenzione del quale contribuiscono gli studiosi e gli operatori.
La porta, che Piero Calamandrei ha contribuito ad aprire e che salutava con soddisfazione nel decennale della Cassazione unica, è mantenuta aperta dal dialogo sui contrasti di giurisprudenza e sulle questioni processuali controverse.
Il controllo di legalità che la Costituzione ha affidato alla Corte, anche grazie al contributo di Piero Calamandrei, presuppone che, come prevede la legge, le decisioni siano il frutto di un'opera collegiale e del confronto aperto anche all'esterno.
Non mancano, anche a causa della enorme mole di lavoro, note autonome, che si distaccano dall'armonia dell'orchestra.
Proprio in riferimento al contributo giovanile di Piero Calamandrei, che aveva segnato i confini dell'istituto, si è affermato che «la distinzione tra garanzia propria e impropria è destituita di fondamento e che tutte le fattispecie ricondotte all'una e all'altra categoria devono andare soggette alla medesima disciplina processuale» (così Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707).
Grazie alla porta aperta da Piero Calamandrei, anche in relazione a questa decisione, che ha disatteso una tradizione consolidata e l'espressa previsione normativa di cui all'art. 106 c.p.c., che appunto distingue la comunanza di causa e la chiamata in garanzia, le reazioni degli studiosi hanno proseguito il dialogo, che può trovare nuova linfa nella ripubblicazione anche della monografia del 1913.

3.- Un indubbio pregio delle opere di Calamandrei, che ne costituisce uno dei tratti di maggiore fascino, consiste nel felicissimo connubio fra l'alto valore delle sue riflessioni scientifiche e la considerazione dell'esperienza processuale, il suo vivo e concreto pulsare nel cuore degli uomini.
L'esempio forse più apprezzabile di questo legame fra teoria e pratica del processo si trova nel celeberrimo e suadente saggio sul *Processo come giuoco* pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale* del 1950, nel quale si osservava che «se il giurista 'puro' può prendersi il lusso di trattar le leggi come congegni di precisione», solo a questo non può limitarsi l'avvocato, «il quale

deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico ed originale, che dinnanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente».
E questa unicità ciascuna parte la dimostra appunto nel *gioco del processo*, che fra i suoi scopi istituzionali contempla ovviamente quello di amministrare la giustizia, ma che al tempo stesso è il luogo dello scontro dialettico fra intelligenze, per il quale è assai calzante il proverbio popolare secondo cui per vincere una causa occorrono diversi ingredienti: l'*avere ragione*, il *saperla esporre*, il *trovare chi la intenda* e *che la voglia dare*, e alla fine *il debitore che possa pagare*.
L'esito del combattimento giudiziario dipende insomma non solo dalle ragioni, ma anche dall'abilità nel giocare la partita, dalla somma dei comportamenti dei litiganti, dalle loro astuzie, dall'efficacia delle loro mosse a sorpresa. Eppure, anche questa visione agonistica del processo non può dirsi completa, perché – come riconosce espressamente lo stesso Calamandrei – la libertà della tattica processuale è limitata dall'obbligo delle parti e dei loro difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.
Controversa è tuttavia l'interpretazione di questa clausola generale e quindi eternamente si discute, oggi come allora, dell'abuso del processo, dei contorni della responsabilità per mala fede processuale, del significato del dolo revocatorio, del valore degli argomenti di prova ricavabili dal contegno processuale dei litiganti, del problema dell'obbligo delle parti di dire il vero nel processo. Ed è questo uno degli aspetti più vitali, ancora oggi attualissimo, dell'insegnamento di Piero Calamandrei.

4.- «Credo che – osserva Vittorio Denti nella Presentazione del IX volume – da molti degli scritti minori, più che dalle grandi opere sistematiche, dovrà prendere le mosse chi vorrà ricostruire la figura e l'opera di Piero Calamandrei». È vero anche, d'altro canto, che fra gli scritti minori di Calamandrei alcuni assumono una particolare importanza sia per la grande influenza che hanno avuto sulla riflessione successiva intorno agli argomenti da essi trattati, sia per la straordinaria finezza ed attualità dei loro contenuti. È il caso – per limitarsi ad alcuni esempi fra i molti che si potrebbero fare – dell'*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* del 1936 e dell'ultimo suo saggio in materia di diritto processuale civile *Verità e verosimiglianza nel processo civile* del 1955.

Quando Calamandrei pubblica l'*Introduzione*, dedicandolo a Giuseppe Chiovenda, ha appena compiuto 47 anni ed è al culmine della sua attività scientifica. Nell'avvertenza il Maestro fiorentino sottolinea come non si tratti di una monografia dedicata al tema della tutela cautelare, quanto piuttosto della parte introduttiva di «un corso sui provvedimenti cautelari», rivolto agli studenti del «secondo biennio» della Facoltà giuridica fiorentina. Pur avendo finalità prevalentemente didattiche lo studio si segnala fin da subito per il modo nuovo con il quale affronta il tema della tutela cautelare e per la piena consapevolezza della stretta correlazione che sussiste fra questa particolare forma di tutela e l'effettività della stessa funzione giurisdizionale. Ed è questa la ragione per la quale esso non solo continua ad essere considerato un classico sul tema, ma a conservare piena attualità.

Anzitutto, Calamandrei anticipa ciò che ormai costituisce un dato imprescindibile nella riflessione processualcivilistica, e cioè che solo «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo (del giudice) potesse essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari».

La tutela cautelare, dunque, trae la sua ragion d'essere dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti, alla produzione dei quali è diretta la funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione, ovviando ai pericoli che minacciano la fruttuosità della tutela giurisdizionale di un diritto nel tempo necessario per conseguirla.

E Calamandrei ha ben chiaro che la stretta relazione che inevitabilmente lega la tutela cautelare all'esigenza di assicurare gli effetti della primaria funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione impone di guardare ad essa come ad una diretta manifestazione della garanzia del diritto di azione e alla sua piena effettività.

Siccome per la sua stessa natura il processo non può plausibilmente prescindere dall'impiegare un certo lasso di tempo, più o meno lungo, prima di pervenire alla decisione finale, si comprende agevolmente la necessità che la disciplina che l'accompagni si presenti come una sorta di «corsa contro il tempo»: impedisca, cioè, che si protragga più del dovuto (sia improntato

ad una «ragionevole durata») e, contestualmente, offra alla parte che ha bisogno della tutela giurisdizionale gli strumenti idonei ad evitare che le conseguenze del fisiologico protrarsi del processo ricadano sulla situazione giuridica tutelanda.
A maggior ragione queste considerazioni valgono se si considera che, proprio nell'ottica del superamento dell'autotutela privata e della funzione pubblicistica del processo civile, la sua finalità non venga limitata alla soluzione della lite ed alla tradizionale tutela del diritto soggettivo sostanziale, di cui la parte si afferma titolare, ma ricomprenda anche il ristabilimento della pacificazione sociale o comunque la riaffermazione del diritto obiettivo o della chiovendiana volontà di legge nel caso concreto.
Il lasso di tempo che necessariamente deve intercorrere fra l'instaurazione del giudizio con la manifestazione del «bisogno di tutela giurisdizionale» e la pronuncia di una sentenza dotata di efficacia esecutiva, espone la tutelanda situazione al pericolo di subire un ulteriore pregiudizio, che può consistere o nel verificarsi di fatti tali da porre in pericolo le possibilità di concreta attuazione della sentenza, o comunque nel permanere della violazione e quindi dello stato di insoddisfazione del titolare della situazione sostanziale violata. «I provvedimenti cautelari – chiarisce Calamandrei in maniera mirabilmente efficace – rappresentano una conciliazione tra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quella della *celerità* e quella della *ponderatezza*: tra il far presto e male, e il far bene ma tardi; i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario ... [e] preventivamente assicurano i mezzi atti a far sì che il provvedimento definitivo possa avere, quando sarà emanato, la stessa efficacia e lo stesso rendimento pratico che avrebbe se fosse emanato immediatamente». Ma il processo di affermazione di questa stretta correlazione fra tutela cautelare ed effettività della tutela giurisdizionale richiedeva che la stessa tutela cautelare venisse ricostruita come tipica funzione giurisdizionale autonoma. Ed è in questa direzione che l'insegnamento di Calamandrei è stato determinante.

5.- Non meno significativo l'apporto che Calamandrei offre al progresso

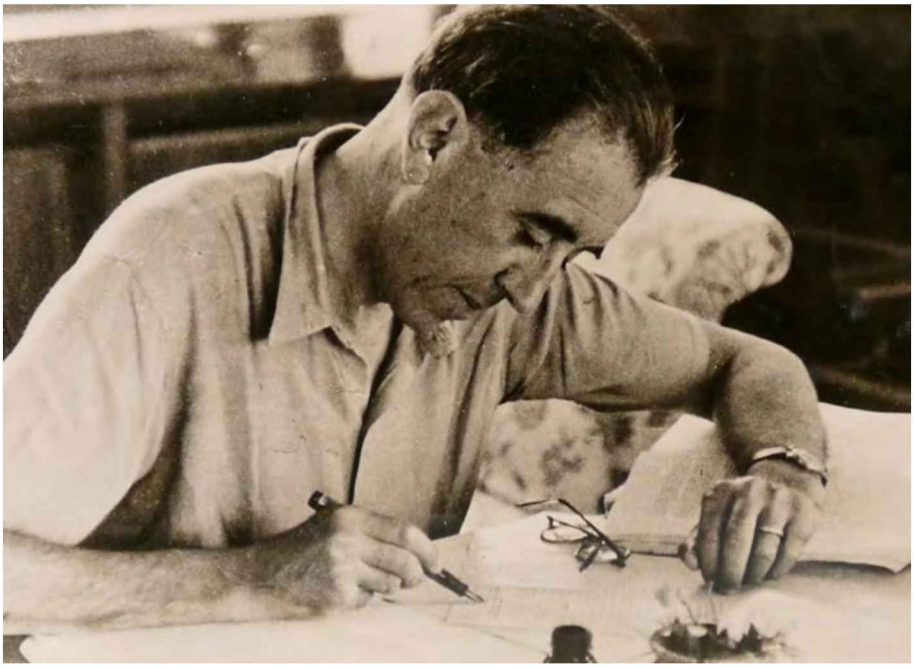
della riflessione intorno alla formazione del convincimento del giudice con il suo famosissimo saggio su *Verità e verosimiglianza.*
In esso, Egli riprende – dopo oltre mezzo secolo – l'insegnamento di Adolf Wach secondo cui nel processo ogni giudizio di verità diventa un giudizio di probabilità («*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*»), per giustificare la conclusione che «anche per il giudice più scrupoloso e attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana». Quando si dice che un fatto processuale è vero – osserva il Maestro fiorentino – «si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi lo giudica tale, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto»; nient'altro, dunque, che «un surrogato di verità», commisurato all'esperienza, alla cultura e alla capacità del giudicante.
In tale ottica, il giudizio fondato sulla probabilità è funzionale a misurare la capacità di una determinata allegazione di rappresentare un'effettiva realtà fattuale, secondo «l'ordine normale delle cose», ovvero nel rispetto di tutti quei limiti che inevitabilmente il giudice incontra e che gli derivano dal principio fondamentale del processo moderno per cui il giudice deve assumere una posizione di passiva attesa, dalla quale può uscire solo per affacciarsi a quella «porzione di realtà» che le parti gli sottopongono. Ciò che, in definitiva, va letto come la riaffermazione, anche sul versante dell'accertamento probatorio, della concezione garantista del processo propria del «liberalismo processuale».

* * *

La ristampa delle *Opere giuridiche* conferma che gli studiosi del processo civile, come diceva Bernardo di Chartres, siedono sulle spalle dei giganti («*nos esse quasi nanos gigantum humeris insidientes*») e su di essi grava la responsabilità e di non disperdere i frutti dell'opera intrapresa e degli insegnamenti ricevuti.

Roma, aprile 2019

Antonio Carratta *Giorgio Costantino* *Giuseppe Ruffini*



OPERE GIURIDICHE
di
PIERO CALAMANDREI
a cura di Mauro Cappelletti

CONTENUTI DEI 10 VOLUMI

VOLUME I: *Problemi generali del diritto e del processo*.

VOLUME II: *Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto,* con *Presentazione* di MAURO CAPPELLETTI.

VOLUME III: *Diritto e processo costituzionale,* con *Presentazione* di COSTANTINO MORTATI.

VOLUME IV: *Istituzioni di diritto processuale civile.* In Appendice: *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi),* con *Presentazione* di ENRICO TULLIO LIEBMAN.

VOLUME V: *La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove,* con *Presentazione* di TITO CARNACINI.

VOLUME VI: *La Cassazione civile*, Primo volume, con *Presentazione* di VIRGILIO ANDRIOLI.

VOLUME VII: *La Cassazione civile*, Secondo volume, con *Presentazione* di MAURO CAPPELLETTI.

VOLUME VIII: *Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, con *Presentazione* di GIOVANNI PUGLIESE.

VOLUME IX: *Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri,* con *Presentazione* di VITTORIO DENTI.

VOLUME X: *Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*. In Appendice: *Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958) a cura di A. Mondolfo e M. Cappelletti, con integrazioni e, fino al 1985, con aggiornamenti di C. Cordié*, con *Presentazione* di PAOLO BARILE.

INDICE

DEL NONO VOLUME

Presentazione (Vittorio Denti) » V

SEZIONE VII

ESECUZIONE FORZATA
E PROCEDIMENTI SPECIALI

I. IL PROCEDIMENTO MONITORIO NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA » 3

Avvertenza » 7

I. - *Sulla struttura del procedimento monitorio* » 9

1. Concetto di procedimento « con inversione della iniziativa del contraddittorio ». — 2. Procedimento monitorio puro e procedimento monitorio documentale nelle legislazioni straniere. — 3. Il procedimento monitorio nella legislazione italiana. — 4. Natura e collocazione sistematica del procedimento monitorio.

II. - *Le condizioni di ammissibilità del procedimento per ingiunzione* » 50

§ 1. Premesse introduttive.

PARTE PRIMA: *Presupposti processuali speciali*

§ 2. Classificazione e caratteri dei pr. pr. speciali. — § 3. *a)* Caratteri dell'azione. — 4. *b)* Caratteri del diritto vantato dal ricorrente. — 5. *c)* Residenza del debitore. — 6. *d)* Prova scritta del credito.

PARTE SECONDA: *Presupposti processuali generali*

7. Introduzione e partizione. — 8. *a)* La competenza. — 9. *b)* Ricusazione e astensione. — 10. *c)* Rappresentanza processuale. — 11. *d)* Eccezioni processuali.

III. - *Per la vitalità del procedimento ingiunzionale* » 112

l. Il procedimento monitorio in relazione all'eccessivo lavoro dei tri-

bunali. — 2. Per quali ragioni il proc. introdotto dal decr. 24 luglio 1922 è inadeguato al suo scopo: *a)* difetti di tecnica legislativa. — 3. *b)* Difetto di rapidità e di semplicità. — 4. *c)* L'ostilità dei legali. — 5. Conclusioni e proposte di riforma.

IV. - *Nota polemica* » 145

Nota bibliografica » 154

Indice alfabetico-analitico » 155

II. INTRODUZIONE ALLO STUDIO SISTEMATICO DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI » 157

Avvertenza » 159

CAPITOLO PRIMO : *Criteri per la definizione dei provvedimenti cautelari* » 163

1. Provvedimento, azione, processo cautelare: possibili criterî per distinguere i provvedimenti cautelari dagli altri provvedimenti. — 2. Cognizione ed esecuzione: funzione dei p. cautelari di fronte a tale partizione. — 3. La *provvisorietà* come carattere distintivo dei p. c. — 4. In che senso si dicono provvisorî i p. sommarî. — 5. In che senso si dicono provvisorî i p. cautelari: — 6. *a*) provvisorietà e funzione preventiva; — 7. *b*) provvisorietà e urgenza; — 8) *c*) *periculum in mora*. — 9. La strumentalità come carattere tipico dei p. cautelari. — 10. Terminologia: *a*) p. *cautelari* e p. *principali*; — II. *b*) p. c. *conservativi* e *innovativi*.

CAPITOLO SECONDO : *Classificazione dei provvedimenti cautelari* » 180

12. *a*) P. istruttorî anticipati. — 13. *b*) P. volti ad assicurare la esecuzione forzata. — 14. *c*) Anticipazione di p. decisori. — 15. In particolare, della esecuzione provvisoria. — 16. *d*) Le cauzioni processuali. — 17. Sulla possibilità di p. cautelari diversi da quelli espressamente previsti dalla legge (*potere cautelare generale*).

CAPITOLO TERZO : *Caratteri dei provvedimenti cautelari* » 195

18. Due tipi di *periculum in mora*: pericolo di infruttuosità, e pericolo di tardività del p. principale. — 19. Previsione degli effetti del p. principale che sta a base del p. cautelare (strumentalità ipotetica). — 20. Cognizione cautelare e suo oggetto: — 21. I) sull'apparenza del diritto; — 22. II) sul pericolo: *a*) in via ordinaria; 23. *b*) prima in via sommaria e poi in via ordinaria; — 24. *c*) soltanto in via sommaria.

— 25. Conseguenza della natura ipotetica dei p. c. sulla responsabilità di chi vi ricorre. — 26. I p. c. come p. di cognizione: varî tipi. — 27. I p. c. in relazione all'autorità della cosa giudicata: *a*) variabilità; — 28. *b*) estinzione a termine. — 29. Esecuzione cautelare.

CAPITOLO QUARTO : *Differenze fra provvedimenti cautelari e istituti affini* » 219

30. Azioni possessorie: si esclude il loro preteso carattere cautelare. — 31. La cosiddetta « provvisionale »: significati di questa espressione. — 32. Esame delle disposizioni contenute in argomento nel nostro diritto positivo: provvisionale in tema di alimenti e di giudizio di risarcimento. — 33. La provv. nelle controversie del lavoro. — 34. Conclusioni. — 35. Differenza tra p. c. e p. esecutivi con funzione conservativa. — 36. Esame casistico. — 37. Carattere cautelare della sentenza dichiarativa di fallimento. — 38. Provvedimenti su diritti cautelari precostituiti. — 39. L'azione revocatoria. — 40. Trascrizioni a scopo cautelare. — 41. L'ipoteca giudiziale. — 42. La condanna « generica » ai danni.

CAPITOLO QUINTO : *Conclusioni* » 247

43. *a*) I p. c. nei loro rapporti colla cognizione e colla esecuzione. — 44. *b*) I p. c. nei loro rapporti coi p. sommarî. — 45. I p. c. come strumenti per il miglior funzionamento della giustizia. — 46. Difetti del sistema cautelare nel diritto positivo italiano.

III. RASSEGNA CRITICA DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE » 255

IV. TRIBUNALE COMPETENTE PER L'AMMORTAMENTO DI UN ASSEGNO CIRCOLARE » 272

V. CONTRIBUTO ALLA TEORIA DELL'ARBITRAGGIO NECESSARIO NEL DIRITTO PUBBLICO » 285

VI. SE IL CREDITORE POSSA FARE OPPOSIZIONE ALL'INGIUNZIONE EMESSA CONTRO IL DEBITORE » 304

VII. SUI POTERI DELL'UFFICIALE GIUDIZIARIO DI FRONTE AL RIFIUTO DEL DEBITORE DI LASCIAR ASPORTARE PER LA VENDITA I MOBILI PIGNORATI » 314

VIII. PUNTI DI VISTA PROCESSUALI (DOCUMENTI UMANI PER LA RIFORMA DEL PROCESSO ESECUTIVO) » 327

IX. SULLA IMPIGNORABILITÀ DEI FRUTTI DI UN IMMOBILE DOPO LA TRASCRIZIONE DEL PRECETTO » 334

X. DIRITTO ED EQUITÀ NELL'ARBITRATO » 337

XI. LA SENTENZA COME ATTO DI ESECUZIONE FORZATA » 344

SOMMARIO: Infungibilità giuridica della prestazione consistente in una dichiarazione di volontà. — 2. Obbligo di emettere una dichiarazione di volontà di contenuto da determinarsi. — 3. Casi in cui la legge ammette che la sentenza produca gli effetti giuridici della mancata dichiarazione di volontà: problema della natura di questa sentenza. — 4. Essa contiene un atto di esecuzione forzata in forma specifica. — 5. Analisi di questo atto come sostituzione della volontà del giudice alla volontà negoziale dell'obbligato. — 6. Osservazioni sulla natura mista dell'azione che mira a questa sentenza. — 7. Esecuzione forzata delle obbligazioni di emettere una dichiarazione di volontà di contenuto da determinarsi: ipotesi sulla natura giuridica delle sentenze della Magistratura del Lavoro.

XII. LA NATURA GIURIDICA DELLE DECISIONI DELLA MAGISTRATURA DEL LAVORO IN ITALIA » 365

SOMMARIO: 1. Caratteri di queste decisioni secondo la legge 3 aprile 1926: posizione del problema. — 2. Confronto della efficacia generale di queste decisioni cogli effetti della cosa giudicata. — 3. Id. colla efficacia dei « precedenti » obbligatori. — 4. Id. cogli «arrêts de réglement» dei parlamenti francesi. — 5. Duplice aspetto delle decisioni della M. d. L., secondoché si considerano di fronte alle associazioni o di fronte ai singoli. — 6. Il contratto collettivo nei confronti dei singoli e nei confronti delle associazioni contraenti. — 7. Le decisioni della M. d. L. nei confronti dei singoli. — 8. Id. id. nei confronti delle associazioni.

XIII. LE CONTROVERSIE DEL LAVORO E L'ORALITÀ » 380

XIV. COMPETENZA DEL GIUDICE DEL LAVORO PER I RAPPORTI DEI PRESTATORI D'OPERA AI QUALI È DISCREZIONALMENTE VIETATO FAR PARTE DELL'ORGANIZZAZIONE SINDACALE? » 391

XV. LA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO COME PROVVEDIMENTO CAUTELARE » 397

SOMMARIO: 1. Occasione del presente scritto. — 2. Opinione del CANDIAN sulla natura cautelare della sentenza dichiarativa. — 3. Premesse sistematiche: *a*) rapporti tra processo e provvedimento; — 4. *b*) posizione sistematica dei provvedimenti cautelari. — 5. La sentenza dichiarativa come provvedimento di cognizione. — 6. Confutazione della contraria opinione del CARNELUTTI. — 7. La sentenza dichiarativa come provvedimento « oggettivamente complesso »; — 8. Effetti esecutivi della dichiarazione di fallimento. — 9. Confutazione delle opinioni che attribuiscono a tali effetti natura satisfattiva: *a*) del CARNELUTTI; — 10. *b*) dell'ANDRIOLI. — 11. La sentenza dichiarativa come provvedimento cautelare. — 12-13. Dimostrazione e conclusioni.

XVI. EFFICACIA DELLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO IN PENDENZA DI PROVE SULL'OPPOSIZIONE » 429

XVII. LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DEL P.M. E CONTROVERSIE DI STATO. POSTILLA » 443

XVIII. IN TEMA DI PROVVEDIMENTI CAUTELARI » 445

XIX. L'ESECUZIONE FORZATA SUL FONDO AGRARIO » 453

SOMMARIO: 1. Necessità di coordinare le soluzioni processuali alle premesse di diritto sostanziale. — 2. Fondo agrario o azienda agraria. — 3. L'esecuzione forzata come espropriazione dei poteri di disposizione spettanti al debitore sul proprio patrimonio. — 4. Espropriazione del fondo ed espropriazione dell'azienda. — 5. L'espropriazione di aziende del Progetto Solmi: critiche. — 6. Tutela della « minima unità culturale » in sede esecutiva. — 7. Esecuzione forzata sulle pertinenze agrarie. — 8. L' « amministrazione giudiziale » dell'azienda. — 9. Esecuzione nell'azienda agraria e fallimento: conclusioni.

XX. COMPENSAZIONE IN SEDE ESECUTIVA PER CREDITO ANTERIORE AL GIUDICATO » 471

XXI. INTERVENTO DEL PRETESTO ADULTERO IN CAUSA DI SEPARAZIONE PERSONALE » 475

XXII. PARERE A: I PROVVEDIMENTI CAUTELARI NON NOMINATI (ART. 700 COD. PROC. CIV.) DI M. APICELLA » 485

XXIII. ASPETTI GIURIDICI DELLA VERTENZA PER IL SEQUESTRO GIUDIZIARIO DEI BENI DELLA C.G.I.L. » 487

XXIV. QUESTIONI SULL'AMMISSIBILITÀ DEI LODI PARZIALI E SULLA LORO IMPUGNAZIONE » 509

SEZIONE VIII

DIRITTO COMPARATO E ORDINAMENTI STORICI E STRANIERI

I. PROBLEMI GIUDIZIARI NELLA VENEZIA TRIDENTINA » 525

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Posizione del problema dal punto di vista processuale e dal punto di vista politico. — 3. Cenni sulle leggi giudiziarie vigenti nella Venezia tridentina prima della occupazione italiana. — 4. Perturbamenti di fatto prodotti dall'occupazione italiana nella vita giudiziaria delle terre redente. — 5. Provvedimenti provvisorî adottati dal C. Supremo. — 6. Provvedimenti giudiziarî relativi all'Alto Adige presi durante l'annessione al Regno Italico (1810). — 7. Facilità di adattare l'ordinamento gudiziario austriaco al nostro. — 8. Se sia opportuno introdurre nelle terre redente il nostro Cod. proc. civ.; opposizione dei Veneti all'unificazione legislativa nel 1866; pregi del sistema austriaco attuale. — 9. Necessità di attendere, per procedere all'unificazione, la riforma del nostro processo. — 10. Conferma per l'Alto Adige dal punto di vista politico. — 11. La Corte d'appello per la Venezia tridentina: Brescia, Trento o Verona? — 12. II problema della lingua d'ufficio nei giudizî: sistema austriaco. — 13. Esempî di persecuzioni politiche nel processo civile. — 14. Come il problema potrebbe essere risoluto dall'Italia nell'Alto Adige. — 15. Esame pratico dei varî sistemi. — 16. La questione dei magistrati ex-austriaci nella Venezia tridentina. — 17. Conclusione.

II. IL PROGRAMMA DI POLITICA GIUDIZIARIA DEI SOCIALISTI TEDESCHI » 551

III. IL TRIBUNALE ARBITRALE MISTO ITALO-GERMANICO E IL SUO REGOLAMENTO PROCESSUALE » 571

SOMMARIO: l. Origine dei T. a. m.; fonti. — 2. Interesse scientifico e pratico di uno studio sui T. a. m. — 3. Schema del Reg. di procedura

del T. a. m. italo-germanico. — 4. Ordinamento interno del T. a. m. — 5. Competenza. — 6. Rappresentanza e assistenza legale. — 7. Gli Agenti dei governi: analisi della loro funzione. — 8. Forme e termini. — 9. Fasi del procedimento. — 10. Istanza introduttiva. — 11. Fase scritta. — 12. Procedimento preliminare facoltativo. — 13. Principî generali in materia di prove. — 14. I singoli mezzi di prova. — 15. La fase orale. — 16. Impulso processuale. — 17. Chiusura del procedimento. — 18. Misure conservative. — 19. Spese del giudizio. — 20. Esecuzione della sentenza e mezzi di impugnativa. — 21. Natura giuridica dei T. a. m. — 22. Poteri dei T. a. m. in relazione alle norme giuridiche processuali e sostanziali. — 23. Conclusione.

IV. LA CRISI DELLA GIUSTIZIA PENALE IN GERMANIA SECONDO UN RECENTE LIBRO: *ERICH KUTTNER, WARUM VERSAGT DIE IUSTIZ?* » 631

V. RECENSIONE A: R. WYNESS MILLAR, *THE FORMATIVE PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE* » 644

VI. LE RECENTI RIFORME DEL PROCESSO CIVILE IN GERMANIA » 646

VII. I PROCESSUALISTI TEDESCHI CONTRO LE RECENTI RIFORME DEL PROCESSO CIVILE » 649

VIII. L'OPERA DI FRANCESCO KLEIN E IL PROCESSO CIVILE AUSTRIACO » 654

IX. IL PROCESSO CIVILE IN SVEZIA E IN FINLANDIA » 659

X. LA SCIENZA PROCESSUALE ITALIANA ALL'ESTERO » 667

XI. LA RIFORMA DEL PROCESSO AUSTRIACO E GERMANICO AL CONVEGNO DEI PROCESSUALISTI TEDESCHI » 671

XII. RECENSIONE A: UGO ENRICO PAOLI, STUDI DI DIRITTO ATTICO » 676

XIII. PROCESSO ATTICO E PROCESSO MODERNO » 682

XIV. LA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE NELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO » 698

XV. LA CRISI DEL PROCESSO CIVILE IN GERMANIA » 702

XVI. RASSEGNA DI LETTERATURA E LEGISLAZIONI STRANIERE » 729

XVII. IL PROCESSO CIVILE IN RUSSIA » 737

XVIII. PRESENTAZIONE A: J. CLARKE ADAMS, IL DIRITTO COSTITUZIONALE AMERICANO » 746

XIX. GIUDICI E LEGGI » 749

6EF5-H1C-ZD6E

PRESENTAZIONE

1. Gli scritti di Piero Calamandrei, raccolti in questo volume, testimoniano due aspetti non trascurabili della sua opera di studioso dei problemi della giustizia civile: l'attenzione verso quelle forme di tutela, diverse dalla cognizione ordinaria, che meglio esprimono lo sforzo di adattamento alle esigenze di rapidità, e di flessibilità insieme, dell'intervento del giudice, e il costante interessamento per le riforme processuali in atto in altri ordinamenti contemporanei. Due settori di studio dai quali emerge non solo la vastità, ma anche la modernità dei suoi interessi culturali: è appena il caso di ricordare, infatti, la centralità, negli odierni studi processuali, del tema della c.d. tutela differenziata, che ha come punto di riferimento i procedimenti speciali e cautelari. Quanto all'esperienza comparatistica, oggi presente in larghi strati della dottrina processualistica, nessun studioso tra le due guerre mondiali dimostrò la sensibilità e l'apertura di Calamandrei, soprattutto per quei temi di politica giudiziaria che richiedevano uno sforzo di comprensione della situazione storico-politica dei paesi stranieri.

Credo che da molti degli scritti minori, più che dalle grandi opere sistematiche, dovrà prendere le mosse chi vorrà ricostruire la figura e l'opera di Piero Calamandrei in un momento storico fondamentale per il nostro paese e per la sua stessa vicenda personale: intendo riferirmi alla sua partecipazione ai lavori dell'Assemblea costituente ed in particolare all'apporto da lui dato alla elaborazione delle norme sull'ordinamento giudiziario. Basta leggere lo scritto del 1922 « Il programma di politica giudiziaria dei socialisti tedeschi », per ritrovarvi temi che torneranno di attualità nei dibattiti costituzionali: primo fra questi, la partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia e il reclutamento elettivo dei magistrati.

Sotto molti aspetti, la figura di Calamandrei politico resta ancora da chiarire, al di là delle vicende più note e del richiamo ai movimenti ed ai partiti nei quali operò, durante e dopo il fascismo. Un contributo a questa comprensione potrà essere dato anche dalla lettura degli scritti compresi in questo volume, dai quali emerge la fedeltà ad un modello etico-politico che troverà la sua più alta espressione nelle celebri pagine di « Processo e democrazia ».

2. L'attualità dei problemi della tutela d'urgenza, divenuta forse l'aspetto più importante della giustizia civile nel mondo contemporaneo (basti pensare all'espandersi di istituti come quello francese del référé*) induce a meditare anzitutto sull'opera che Calamandrei dedicò nel 1936 ai provvedimenti cautelari, presentandola come « parte introduttiva di un corso » universitario, mentre rappresentava in realtà il primo tentativo di sistemazione degli istituti a livello di teoria generale. Del corso universitario l'opera mantiene il tono apparentemente discorsivo, caratterizzato dal frequente impiego di immagini di immediata evidenza: notissima quella riferita ai provvedimenti cautelari anticipatori della decisione di merito, che operano « come le truppe di copertura, destinate a tener le posizioni fino a che non giunga il grosso dell'esercito, per risparmiare a questo le maggiori perdite che gli costerebbe la riconquista delle posizioni perdute ».*

Sul piano teorico, Calamandrei porta alle estreme conseguenze la nozione dell'azione cautelare come « mera azione », accentuando la funzione pubblicistica delle misure cautelari, dirette « più che a difendere i diritti soggettivi, a garantire l'efficacia e per così dire la serietà della funzione giurisdizionale ». La funzione cautelare è così posta al « confine tra la funzione giurisdizionale e quella, amministrativa, di polizia »: concezione, questa, che accentua il carattere preventivo *di questa forma di tutela, considerata come una sorta di « polizia giudiziaria ». Nella storia della cultura processuale, tuttavia, l'interesse dell'opera non sta tanto in questa teorizzazione generale, quanto piuttosto nella puntuale attenzione per la fenomenologia delle misure cautelari e per l'oggetto della cognizione cautelare. Ricordo, in particolare, la distinzione tra provvedimenti istruttori anticipati, provvedimenti volti ad assicurare l'esecuzione forzata, misure di anticipazione di provvedimenti decisori e cauzioni processuali. Calamandrei, pur avendo sottolineato il carattere di strumentalità dei provvedimenti cautelari, non ha mancato di cogliere, nei provvedimenti anticipatori della decisione di merito, un diverso aspetto della strumentalità, consistente « nel dare alla controversia, in attesa del provvedimento definitivo, una soluzione provvisoria che presumibilmente più si avvicini a quella che sarà la decisione definitiva ».*

È in questa direzione, com'è noto, che la tutela d'urgenza ha subito la sua più significativa evoluzione, sino al punto che oggi la strumentalità finisce col non apparire più un connotato essenziale della tutela stessa, che acquista una sua peculiare autonomia. Espressione massima di questa tendenza è stato l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, poiché il provvedimento di repressione della condotta antisindacale ha indubbio carattere di urgenza, sottolineato dalla sommarietà della cognizione, ma nel contempo esaurisce la tutela, essendo soltanto

eventuale il suo successivo controllo nel giudizio di opposizione. Calamandrei aveva intuito questa singolarità della tutela d'urgenza, sottolineando la vicinanza concettuale dei provvedimenti cautelari anticipatori agli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, propri della sistematica chiovendiana. Oggi occorre operare con strumenti concettuali diversi, ma il nodo dei problemi è ancora quello che Calamandrei aveva individuato.

3. Un carattere meno concettualmente unitario presenta lo studio sul procedimento monitorio, che raccoglie scritti che vanno dal 1923 al 1925. Tuttavia, la « nota polemica » apposta alla fine della raccolta, prendendo in esame le opinioni di Carnelutti, di Segni e di Cristofolini, sintetizza i maggiori problemi teorici del procedimento di ingiunzione, riprendendo e sviluppando gli spunti contenuti negli scritti precedenti. Ritengo, peraltro, che l'interesse maggiore dell'opera sia dato dallo scritto « Per la vitalità del procedimento ingiunzionale », che, analizzando l'impiego del processo monitorio in relazione all'eccessivo lavoro dei tribunali, considera il procedimento introdotto dal decreto 24 luglio 1922, rilevandone la inadeguatezza e suggerendo una serie di proposte di riforma. Secondo Calamandrei, la riforma avrebbe dovuto vertere principalmente su tre punti: la abolizione della prova scritta del credito tra le condizioni di ammissibilità dell'azione ingiuntiva; la previsione che l'opposizione tempestiva avesse per effetto « di far cadere nel nulla la ingiunzione »; la parificazione dell'ingiunzione non opposta alla sentenza contumaciale dichiarata provvisoriamente esecutiva. A queste proposte Calamandrei aggiungeva la parificazione, ai fini della condanna alle spese, tra procedimento di ingiunzione e procedimento ordinario in contumacia, a suo avviso necessaria per superare l'ostilità degli avvocati, dovuta ai più bassi onorari ottenibili col ricorso al procedimento ingiuntivo. Senza queste riforme, il futuro del procedimento monitorio sarebbe stato, secondo Calamandrei, assai oscuro: previsione, questa, che trovava conferma nello scarsissimo impiego del nuovo mezzo di tutela nei primi tempi di applicazione della legge del 1922.

Non si può dire che l'analisi di Calamandrei sia convalidata dall'esperienza successiva. Da un lato, infatti, la riforma del 1936 (passata poi quasi integralmente nel codice) continuava a porre a fondamento della domanda di ingiunzione la prova scritta del credito, pur avendo modificato il regime precedente sul punto del collegamento tra effetti esecutivi ed effetti dichiarativi del decreto ingiuntivo; dall'altro lato, si verificava un fenomeno di crescente espansione della tutela ingiuntiva, determinato sia dall'ampliamento delle prove privilegiate (si pensi ai crediti degli enti previdenziali e mutualistici per

le contribuzioni obbligatorie), sia dall'importanza di quell'effetto non soltanto esecutivo del decreto d'ingiunzione, che è l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

La tendenza all'ampliamento della tutela ingiuntiva, colta da Calamandrei al di là delle costruzioni teoriche dell'istituto, ha invece trovato conferma nei recenti progetti di riforma del processo civile: basti segnalare, nel disegno di legge delega, l'ampliamento della prova alle « scritture contabili o fatture redatte nelle forme di legge » e, nel progetto della Commissione Liebman (art. 238), la possibilità di chiedere l'ingiunzione nel corso del processo ordinario, in caso di contumacia del convenuto. Anche nella più recente giurisprudenza, d'altronde, si coglie un fenomeno di allargamento della tutela ingiuntiva: mi riferisco alle pronunce del Tribunale di Milano che hanno ammesso la rivalutazione monetaria nel caso di inadempimento di obbligazioni pecuniarie; la condanna al risarcimento dei danni contrattualmente quantificati (nel caso di caparra confirmatoria); la revoca fallimentare di pagamenti fatti dal fallito in frode ai creditori. Si tratta, dunque, di un mezzo di tutela che, di fronte alle lentezze croniche della giustizia civile, appare destinato a trovare sfere ancora più vaste di applicazione: è perciò merito della sensibilità di Calamandrei averne colto, sin dal suo primo assetto legislativo, le potenzialità e le esigenze di più adeguata regolamentazione.

4. Tra gli scritti minori compresi nella sezione VII spiccano con particolare rilievo quelli sulla sentenza come atto di esecuzione forzata, sulla natura giuridica delle decisioni della magistratura del lavoro e sulle controversie del lavoro e l'oralità: tre saggi che, per diverso motivo, contengono temi e problemi che avranno notevole risonanza nella posteriore evoluzione del nostro ordinamento.

Il primo saggio appare, ad una lettura odierna, ricco di implicazioni suggestive, e non tanto per la tesi svolta (essere la pronuncia giudiziale che si sostituisce alla mancata dichiarazione di volontà un atto di esecuzione forzata), quanto per la concezione di fondo circa la natura della esecuzione forzata. Questa — scrive Calamandrei — « non è tanto e non sempre impiego della forza materiale sulla persona del debitore o sulle cose ad esso appartenenti, quanto è prima di tutto e in ogni caso invasione della sua sfera giuridica; menomazione di quella esclusività di potere di disposizione, che sulla medesima gli compete e che normalmente è inviolabile ». Donde la conclusione che « lo Stato, nell'esecuzione forzata, opera, sia pure con varietà di mezzi estrinseci, sempre collo stesso metodo: si introduce d'autorità nella sfera giuridica del debitore, per compiervi negozi giuridici in sua vece ». Fondata o meno che fosse questa teoria quanto alle sentenze

che producono gli effetti del contratto non concluso (ma il legislatore del 1940 le ha pur ricomprese tra le forme di esecuzione forzata in forma specifica), le pagine di Calamandrei si impongono ancor oggi all'attenzione di chi mediti sui problemi della esecuzione forzata di provvedimenti giudiziali che impongono obblighi di fare non esaurentisi in prestazioni di carattere materiale. Il riferimento, com'è ovvio, va al tema, oggetto di vivaci dibattiti, della reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore licenziato, rispetto alla quale l'esigenza di compimento, da parte del datore di lavoro, di attività negoziali (o, comunque, di gestione aziendale), ha portato parte della dottrina su posizioni di rigida chiusura, nel senso di escludere la coercibilità in via esecutiva di tali provvedimenti. Il tema meriterebbe di essere rimeditato proprio alla luce dei rilievi di Calamandrei, che trovano conforto nell'esperienza di ordinamenti stranieri, recentemente richiamata, ai quali non è estranea la figura di organi esecutivi cui è affidata un'attività lato sensu *sostitutiva del potere negoziale dell'imprenditore.*

Il saggio sulla natura giuridica delle decisioni della Magistratura del lavoro presenta notevole interesse per la enunciazione di principi che hanno trovato applicazione ad un fenomeno che certo il Calamandrei del 1930 (pure attento a fenomeni affini, come il precedente giudiziale del diritto anglo-americano e gli arrêts de règlement del diritto francese) non poteva certo prevedere: le decisioni della Corte costituzionale. Calamandrei, infatti, spiegava il coesistere della natura giurisdizionale delle decisioni della Magistratura del Lavoro sui conflitti collettivi con la loro efficacia normativa, richiamando la distinzione tra la sentenza come atto *e la sentenza come* fatto *giuridico: mentre gli effetti del primo tipo, come effetti giurisdizionali, operano soltanto per le parti in causa, quelli del secondo tipo risalgono direttamente alla legge, la quale ricollega al mero « fatto » della decisione l'operare* erga omnes *della disciplina collettiva. Tale distinzione, com'è noto, è stata ripresa dal Liebman nel 1957 per spiegare il modo di operare degli effetti delle pronunce della Corte costituzionale, considerando l'efficacia « normativa » (ossia la cessazione di efficacia della norma dichiarata illegittima) come effetto « secondario », estraneo al contenuto della decisione e scaturente direttamente dalla legge. Ed è singolare che questa prospettiva, tale da confermare il carattere giurisdizionale della Corte, sia rimasta estranea a Calamandrei quando, nello scritto del 1950 su « La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile », affermò il carattere non giurisdizionale, ma legislativo, della funzione della Corte.*

Dell'ultimo degli scritti ricordati, quello su « Le controversie del lavoro e l'oralità », è appena il caso di sottolineare la attualità, in presenza di una riforma del rito civile che per le controversie di lavoro

ha dato attuazione ai principi chiovendiani dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione. Calamandrei si trovava di fronte al procedimento per le controversie individuali del lavoro introdotto nel 1928, e parzialmente modificato nel 1934, e lamentava le incomprensioni e le deformazioni che il nuovo rito aveva incontrato, soprattutto per la tendenza a sostituire la discussione orale con lo scambio di scritture difensive. Calamandrei, pur riconoscendo giustificata, nel processo ordinario, la diffidenza dei giudici « contro la oralità, che essi identificano con l'oratoria », ne difendeva l'applicazione nel processo del lavoro e richiamava gli avvocati alle loro responsabilità nell'insuccesso della riforma. Molti dei rilievi da lui avanzati potrebbero essere ripetuti ancor oggi, di fronte alle deviazioni che il nuovo rito del lavoro ha subito nel primo decennio della sua applicazione. Giudici ed avvocati possono, oggi come allora, condividere le responsabilità per questo parziale fallimento.

5. Gli scritti che Calamandrei ha dedicato alla evoluzione del processo civile in ordinamenti stranieri, ed in particolare quelli concernenti le riforme (o le progettate riforme) del processo germanico, richiedono di essere letti avendo presente quello che fu l'orientamento di fondo da lui tenuto nei confronti della riforma del processo civile in Italia: fedeltà all'insegnamento chiovendiano, e quindi ai principi dell'oralità, ma costante preoccupazione che la loro realizzazione si traducesse in un sostanziale autoritarismo processuale. A questo proposito, l'espressione più compiuta del suo pensiero si ritrova nella Relazione sul progetto preliminare Solmi, redatta per la Facoltà giuridica fiorentina, che nelle osservazioni introduttive richiama le indagini comparatistiche da lui compiute. Battendosi contro la soppressione del pricipio dispositivo, Calamandrei afferma « che tale principio che è nel processo come l'ombra del diritto privato, deve essere rispettato negli stessi limiti in cui nel campo sostanziale è rispettato e tutelato il diritto privato » e rileva: « Sarebbe facile, attraverso osservazioni di legislazione comparata, dimostrare che questa Poenalisierung *del processo civile ha potuto essere integralmente attuata soltanto in quei regimi in cui si è voluto totalmente e consapevolmente abolire la proprietà privata ed in generale il diritto soggettivo individuale ».*

C'è, dunque, un filo conduttore nei suoi scritti, da quelli sulle riforme del processo civile in Germania nel 1924 a quelli, pubblicati tra il 1938 e il 1942 e raccolti sotto il titolo comprensivo « La crisi del processo civile in Germania »: il timore che l'evoluzione del processo civile « in senso rigorosamente pubblicistico e inquisitorio » fosse soltanto uno degli aspetti del prevalere di un modello di stato autoritario che repugnava alla sua coscienza di liberale. È significativo che anche

nelle proposte di unificazione del processo civile austriaco e germanico, discusse nel congresso di Vienna del 1928, egli scorgesse il pericolo del prevalere del modello autoritario austriaco sul modello liberale germanico, che si affidava all'impulso ed alla responsabilità delle parti. In questa prospettiva, anche della grande opera di Klein, creatore del processo civile austriaco, veniva proposta un'interpretazione riduttiva, sottolineando che, « secondo l'esperienza dei giuristi austriaci, le disposizioni più caratteristiche e pregevoli del processo civile creato dal Klein sono quelle che mirano a concentrare il procedimento ». E appunto nella concentrazione del processo veniva individuata la maggiore influenza del processo austriaco sulle riforme germaniche del 1924.

Indubbiamente, questo polarizzare il problema sull'antitesi libertà-autorità finiva col porre nell'ombra tutta la tematica dei diritti sociali, che pure aveva preceduto ed accompagnato la riforma di Klein, salutata con favore dallo stesso Anton Menger e dai seguaci del socialismo giuridico. E la difesa del principio dispositivo si traduceva in mero garantismo formale, che ignorava il problema della disuguaglianza sostanziale delle parti avanti al giudice. Problemi che, del resto, Calamandrei conosceva se, dando conto del programma di politica giudiziaria dei socialisti tedeschi nel 1922, rilevava essere « fortemente sentita la necessità di procedere ad una Sozialisierung *ovvero* Popularisierung *della giustizia ». Nel contempo però, riportando le tesi espresse dal Radbruch, socialdemocratico divenuto Ministro della giustizia del Reich, sottolineava l'avversità non solo per la introduzione di un sistema di giudici elettivi, ma anche per una maggiore partecipazione agli organi giudiziari di giudici laici. In ciò che Calamandrei scriveva allora a questo proposito, troviamo una significativa anticipazione delle tesi che egli avrebbe esposto nei dibattiti all'Assemblea Costituente, in particolare respingendo l'idea di giudici elettivi.*

Se si considera che l'attenzione di Calamandrei si appuntava sull'area di lingua tedesca che, dopo la parziale riforma della ZPO del 1924 (coincidente con l'esperienza weimariana), evolveva verso forme di accentuato autoritarismo processuale, si giustifica il fatto che egli tendesse a leggere queste esperienze avendo l'occhio fisso alla difesa degli ideali liberali. Calamandrei è, in quegli anni, un crociano che vive fino in fondo quella identificazione tra coscienza morale e ideale della libertà che avrà il suo testo sacro nella Storia d'Europa *di Croce. Il ripudio del fascismo è, quindi, soprattutto difesa della libertà; il che nel processo significava difesa del potere dispositivo e della responsabilità della parte contro i poteri inquisitori del giudice, a maggior ragione quando fossero accentuatamente discrezionali. Non si dimentichi che anche il liberalismo crociano prese le mosse da quella indistinzione tra liberalismo etico-politico e liberismo economico che*

fu via via superata, a partire dal 1928 (anno del saggio su Liberalismo e liberismo*) sino al 1939 (anno dello scritto* Principio, ideale, teoria: a proposito della teoria filosofica della libertà*). C'è voluto un lungo cammino perché anche nel principio dispositivo si distinguesse quello che attiene alla disponibilità dei diritti soggettivi delle parti e quello che appartiene alla tecnica interna del processo e può essere messo in gioco (con l'attribuzione al giudice di poteri inquisitori) senza che il diritto soggettivo degradi — come temeva Calamandrei nel 1938, reagendo alle tesi nazionalsocialiste di Baumbach — a mero interesse protetto.*

Come ho rilevato all'inizio, la storia del « liberalismo processuale » di Calamandrei (si tratta, com'è noto, della definizione da lui stesso adottata per caratterizzare l'opera di James Goldschmidt) è un presupposto indispensabile per comprendere l'apporto da lui dato alla elaborazione dei principi della nostra carta costituzionale in tema di potere giudiziario e di funzione giurisdizionale. Tutto il suo passato culturale e politico è riflesso in quell'apporto, ed anche gli scritti qui raccolti contribuiscono, in parte, ad illuminarne la complessa evoluzione.

VITTORIO DENTI

Sezione VII

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDIMENTI SPECIALI (*)

(*) Il volume 9° delle *Opere* comprende la sezione VII (pagg. 7-525) e la sezione VIII (pagg. 527-762). Nella sezione VII si ristampano i volumi *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana* e *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, seguiti dagli altri scritti minori in tema di esecuzione forzata e procedimenti speciali, raccolti in ordine cronologico. Nella sezione VIII, sono raccolti vari scritti di diritto straniero e comparato.

Hanno collaborato alla ricerca dei materiali o alla correzione delle bozze di stampa Claudio Marchetti, Alberto Germanò e Paola Porru.

I

IL PROCEDIMENTO MONITORIO NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA (*)

(*) [Volume pubblicato per i tipi della Società Editrice « Unitas », Milano, 1926. Tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1946.]. [*Bibliografia*, nn. 127, 358].

INDICE-SOMMARIO

AVVERTENZA.

I. — SULLA STRUTTURA DEL PROCEDIMENTO MONITORIO

§ 1. Concetto di procedimento « con inversione della iniziativa del contraddittorio ». — § 2. Procedimento monitorio puro e procedimento monitorio documentale nelle legislazioni straniere. — § 3. Il procedimento monitorio nella legislazione italiana. — § 4. Natura e collocazione sistematica del procedimento monitorio.

II. — LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ DEL PROCEDIMENTO PER INGIUNZIONE

§ 1. Premesse introduttive.

PARTE PRIMA - *Presupposti processuali speciali.*

§ 2. Classificazione e caratteri dei pr. pr. speciali. — § 3. *a*) Caratteri dell'azione. — § 4. *b*) Caratteri del diritto vantato dal ricorrente. — § 5. *c*) Residenza del debitore. — § 6. *d*) Prova scritta del credito.

PARTE SECONDA - *Presupposti processuali generali.*

§ 7. Introduzione e partizione. — § 8. *a*) La competenza. — § 9. *b*) Ricusazione e astensione. — § 10. *c*) Rappresentanza processuale. — § 11. *d*) Eccezioni processuali.

III. — PER LA VITALITÀ DEL PROCEDIMENTO INGIUNZIONALE

§ 1. Il procedimento monitorio in relazione all'eccessivo lavoro dei tribunali. — § 2. Per quali ragioni il proc. introdotto dal decr. 24 luglio 1922 è inadeguato al suo scopo: *a*) difetti di tecnica legislativa. — § 3. *b*) Difetto di rapidità e di semplicità. — § 4. *c*) L'ostilità dei legali. — § 5. Conclusioni e proposte di riforma.

IV. — NOTA POLEMICA

NOTA BIBLIOGRAFICA.

INDICE ALFABETICO-ANALITICO.

AVVERTENZA

Pubblico raccolti in questo Volume varî miei scritti sul procedimento monitorio, apparsi in questi ultimi anni su diverse riviste giuridiche italiane (*I* Sulla struttura del proc. mon., *in* Studi senesi, 1923; *II* Le condizioni di ammissibilità del pr. per ing., *in* Riv. dir. commerciale, 1924 *e* 1925 *(in due parti); III* Per la vitalità del pr. ing., *in* Riv. dir. processuale, 1924). *Nel riunirli in volume, non vi ho introdotto mutamenti sostanziali: soltanto, qua e là, per necessità di coordinamento, lievi mutamenti di forma. Dove ho creduto indispensabile, per tener conto di dati posteriori alla prima pubblicazione dei varî scritti, fare in nota qualche breve aggiunta al loro primitivo testo, ho contrassegnato queste note col racchiuderle in parentesi quadre; ma, per non moltiplicare le aggiunte nel corso del Volume, ho preferito riassumere la più recente letteratura sull'argomento in una* Nota polemica, *che figura come capitolo IV.*

Nei richiami il numero romano indica il capitolo. Gli scritti citati col solo nome dell'autore sono indicati col loro titolo per esteso nella Nota bibliografica collocata in fine del Volume.

Mi è caro ringraziare pubblicamente il dott. Guido Chiari per la diligente compilazione dell'indice alfabetico-analitico che chiude il Volume.

P. CALAMANDREI

I. — SULLA STRUTTURA DEL PROCEDIMENTO MONITORIO

§ 1. — Concetto di procedimento con inversione della iniziativa del contraddittorio.

Sommario: 1. Rapporti tra cognizione ed esecuzione: la fase di cognizione come preparazione del titolo esecutivo. — 2. Speciali tipi di procedimento abbreviato allo scopo di preparare con maggior celerità il titolo esecutivo. — 3. Abbreviazione consistente nel rilasciare al debitore la iniziativa del contraddittorio.

1. — Per intendere esattamente lo scopo pratico del « procedimento per ingiunzione », e per fondare su basi positive, anziché su arbitrarie costruzioni aprioristiche, la sua definizione dogmatica, è necessario prender le mosse dal principio contenuto nell'art. 553 del Cod. proc. civ. secondo il quale « l'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo » (*nulla executio sine titulo*). Il diritto del cittadino a ottenere dagli organi dello Stato quella speciale forma di tutela giuridica che costituisce la *esecuzione forzata* in suo favore (azione esecutiva), non sorge se non per chi sia munito in precedenza di un accertamento (dotato di determinati requisiti sostanziali e formali, tra i quali ultimi è essenziale la scrittura) di quella concreta volontà di legge che vuol fare eseguire: onde è facile intendere come il cittadino che aspiri a procurarsi dagli organi dello Stato quella forma di prestazione giurisdizionale che è la esecuzione forzata processuale, debba innanzi tutto adoprarsi per conquistare il titolo esecutivo, il quale, con un paragone grossolano ma dimostrativo, si può considerare come la chiave indispensabile per aprire la porta dell'esecuzione, o meglio come la tessera d'ingresso senza la quale non è dato varcare la soglia del processo esecutivo. A niente altro che alla conquista di un titolo esecutivo è praticamente indirizzato, in molti casi, il processo di cognizione. Se, infatti, il vantaggio economico che l'attore si ripromette dal processo può dirsi interamente raggiunto colla sola cognizione nei casi di azioni dichiarative e costitutive (in cui l'interesse dell'attore è soddisfatto a pieno dalla pronuncia della sentenza che produce l'accertamento od opera il mutamento giuridico desiderato), non sempre

l'interesse del vincitore a un ulteriore intervento degli organi giurisdizionali è esaurito colla sentenza di condanna: non sempre infatti l'obbligo di prestazione che la sentenza di condanna impone al convenuto viene volontariamente adempiuto, per solo ossequio al comando contenuto nella condanna, dall'obbligato; e in tutti quei casi in cui la sentenza di condanna non ha la virtù di indurre il condannato alla esecuzione volontaria, la fase di cognizione assicura al vincitore, anziché il soddisfacimento immediato e finale del suo diritto, solamente un mezzo per passare ad un'ulteriore fase processuale, in cui all'esecuzione volontaria sia sostituita, per opera dello Stato, la esecuzione forzata. In tutti quei casi, dunque, in cui la sentenza è suscettibile di ulteriore esecuzione, la fase di cognizione non è fine a sé stessa: il cittadino chiede allo Stato la sentenza, perché sa di potere poi, in base ad essa, chiedere allo Stato una ulteriore prestazione giurisdizionale che è l'esecuzione forzata; egli affronta e provoca il giudizio, perché sa che questo gli procurerà colla sentenza quel titolo esecutivo, senza il quale non gli sarebbe possibile ottenere, contro la volontà dell'obbligato, la realizzazione pratica del suo diritto. La cognizione ha solamente ufficio preparatorio e strumentale, in quanto essa serve a costruire un titolo esecutivo; ma il fine ultimo è l'esecuzione.

Nel suo svolgimento normale e completo l'attuazione giurisdizionale del diritto passa dunque attraverso due fasi, cognizione ed esecuzione, tra loro coordinate e complementari, nel senso che la prima di esse serve di preparazione e di premessa alla seconda. Ma poiché, come sopra si è accennato, il principio accolto dalla nostra legge non dice già che non si possa procedere all'esecuzione forzata senza aver previamente esperimentata la fase di cognizione, ma dice semplicemente che all'esecuzione forzata non è dato procedere se non « in virtù di un titolo esecutivo », è facile intendere che la fase di cognizione rappresenta una premessa necessaria alla fase di esecuzione solo in quanto la fase di cognizione sia mezzo indispensabile per costruire il titolo esecutivo. Ove sia possibile costruirsi un titolo esecutivo, tralasciando, o riducendo al minimo, la fase di cognizione, potremo, senza violare il principio fondamentale dell'art. 553, pensare un processo di esecuzione al quale non sia premessa cognizione alcuna: se la fase di cognizione, considerata nella sua relazione di mezzo a scopo di fronte alla fase esecutiva, si può definire come quella fase del processo *in cui si costruisce il titolo esecutivo*, nulla vieta che la cognizione possa essere ridotta od anche del tutto omessa, quante volte l'ordinamento giuridico offra per la costruzione del titolo esecutivo mezzi più sbrigativi e più economici dell'ordinario processo di cognizione, lento, complicato e dispendioso.

2. — La possibilità di un processo esecutivo che si inizî in modo autonomo, senza esser preparato da una precedente fase di cognizione (1), si manifesta nella forma più tipica in quei casi in cui la legge attribuisce la efficacia di titolo esecutivo ad accertamenti di carattere non giurisdizionale; come avviene, per ricordare l'esempio più noto, per « gli atti contrattuali ricevuti da notaro o da altro ufficiale pubblico autorizzato a riceverli » (art. 554 n. 3 Cod. proc. civ.), ai quali la nostra legge, sulla traccia del diritto francese, attribuisce efficacia esecutiva immediata (2). In questo caso gli organi giurisdizionali non partecipano in alcuna guisa alla costruzione del titolo esecutivo: il titolo esecutivo nasce fuori del processo, senza alcuna cognizione giudiziaria, e il processo si inizia direttamente dalla fase esecutiva.

Vero è che, nel caso del processo esecutivo, la opposizione del debitore può render necessario un accertamento sull'attuale esistenza dell'azione esecutiva, e provocare così un vero processo di cognizione innestato nella esecuzione (3) ma in tale ipotesi la cognizione, anziché a dar vita al titolo esecutivo (già nato contrattualmente fuori del processo), mira soltanto a fare accertare che il preteso titolo esecutivo è meramente *apparente* e quindi inefficace (4).

Nel caso degli atti contrattuali immediatamente esecutivi manca, dunque, ogni traccia di cognizione *a scopo preparatorio del titolo esecutivo*; il che appare politicamente giustificato dalla opportunità di non ritardare attraverso un previo accertamento giurisdizionale, il pronto soddisfacimento di un credito consacrato in un atto pubblico già di per sé fornito di particolari garanzie di certezza. Ma anche nei casi in cui il credito non risulti da uno di quegli accertamenti *non giurisdizionali* che la legge considera senz'altro titoli esecutivi, e in cui, di conseguenza, il creditore che voglia procedere all'esecuzione non abbia altra via che quella di ricorrere al giudice per veder consacrato il suo diritto in un vero e proprio accertamento giurisdizionale, l'ordinamento giuridico, considerando che per il creditore la cognizione è solo uno strumento che ha per scopo la esecuzione, tien conto talora dell'interesse che egli ha a giungere al suo scopo col minore indugio

---

(1) Cfr. PLÒSZ, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* (Leipzig, 1880), pag. 125 e segg.

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Principii* (3ª ed.), pag. 249 e segg.; OERTMANN (continuazione di HELLWIG, *System*, II), pag. 182.

(3) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 243; CARNELUTTI, *Lezioni*, II, pag. 81 e segg.; sulla *Vollstreckungsgegenklage* del processo tedesco, cfr. per ultimo OERTMANN, *op. cit.*, § 287; STEIN, *Grundriss*, § 158.

(4) Cfr. anche qui, CHIOVENDA, *Principii*, pag. 244.

possibile, e cerca di facilitargli il raggiungimento del fine col rendere meno complicato e meno lento lo strumento. Sorgono così nelle legislazioni speciali forme di processi di cognizione, la cui particolare struttura risponde, meglio di quella del processo ordinario, allo scopo di dar vita con celerità a un titolo esecutivo; sono anche questi (avremo occasione di ripeterlo) veri processi *di cognizione*; ma la cognizione è considerata qui, non tanto nella sua funzione immediata di accertamento, quanto nella sua funzione mediata di preparazione del titolo esecutivo. La nostra dottrina parla, per queste speciali forme, di « accertamenti con prevalente funzione esecutiva » (5): ma non nel senso, intendiamoci bene, che questi processi siano già, essi stessi, inizio di esecuzione (ché esecuzione non si dà senza quel titolo esecutivo, che di questi processi è il prodotto e il resultato finale); sibbene nel senso che questi speciali processi di cognizione sono particolarmente idonei a costruire con celerità il titolo esecutivo, senza il quale il creditore non può dare inizio alla vera e propria esecuzione. « Prevalente funzione esecutiva », significa dunque che in questi processi *prevale alla funzione di accertamento la funzione di preparazione del titolo esecutivo.*

3. — Tra le svariate forme di speciali processi di cognizione tipicamente preordinati alla celere creazione di un titolo esecutivo, hanno importanza per noi, in relazione all'argomento che qui studiamo, quei processi in cui l'abbreviazione della cognizione consiste in ciò: che, mentre il processo di cognizione ordinario si inizia, secondo il *principio del contraddittorio* (art. 38 Cod. proc. civ.) colla citazione del convenuto, onde il giudice non emette la sua pronuncia se non dopo aver sentito (o regolarmente dichiarato contumace) anche l'avversario di colui che propone la domanda, in queste speciali forme di processi di cognizione l'attore mediante ricorso si rivolge direttamente al giudice, il quale emette *senza previo contraddittorio* un ordine di pagamento indirizzato al convenuto, assegnandogli in pari tempo un termine entro il quale questi può, se vuole, provocare il contraddittorio mediante opposizione: colla conseguenza che, in mancanza di tempestiva opposizione, l'ordine di pagamento acquista, allo scadere del termine, efficacia di titolo esecutivo. Sui particolari di questi speciali procedimenti, la cui struttura può variare nei dettagli, come a suo tempo si vedrà, da legislazione a legislazione, non ci fermiamo per ora; ci basti per ora notare che il carattere tipico di questa categoria di processi è il seguente: che in

---

(5) CHIOVENDA, *Principii*, § 8 bis; cfr. anche lo scritto posteriore dello stesso, *La sentenza di condanna con riserva*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, pag. 617, n. 11.

essi lo scopo di pervenire con celerità alla creazione del titolo esecutivo è raggiunto *collo spostare l'iniziativa del contraddittorio dall'attore al convenuto.* Mentre nel processo di cognizione ordinario il titolo esecutivo non nasce se non dopoché l'attore abbia regolarmente instaurato il contraddittorio, il quale riesce perfettamente superfluo tutte le volte in cui il convenuto comparso non ha nulla da opporre alla domanda dell'attore, o addirittura si astiene dal comparire, in questi speciali processi il titolo esecutivo nasce per il solo fatto che il convenuto non dimostri, col fare opposizione entro il termine stabilito, la utilità, di cui egli è il miglior giudice, di aprire il contraddittorio: sicché l'interesse dell'attore alla pronta creazione del titolo esecutivo viene ad essere praticamente soddisfatto in tutti quei casi in cui lo stesso convenuto comprende che il contraddittorio sarebbe inutile, perché egli alle ragioni dell'attore non ha nulla di serio da opporre (6). Il concetto, quanto mai logico ed economico, al quale si inspirano questi procedimenti è dunque il seguente: che *il giudizio sulla opportunità di aprire il contraddittorio, e quindi la iniziativa di provocarlo, deve essere rilasciato alla parte nel cui interesse il principio del contraddittorio ha inizialmente vigore, cioè al convenuto* (7).

Possiamo dire così di essere pervenuti ad isolare una categoria di procedimenti speciali di cognizione, i quali si distinguono da tutti gli altri procedimenti per questi due caratteri fondamentali: 1°) per lo *scopo*, che è quello di dar vita con maggior celerità di quanto non possa il procedimento ordinario a un titolo esecutivo; 2°) per il *mezzo*, che è quello di invertire dall'attore al convenuto la iniziativa del contraddittorio (onde possiamo in genere denominarli procedimenti con *inversione della iniziativa del contraddittorio*) (8).

---

(6) CARNELUTTI, *Lezioni*, II, pag. 242: « quando la iniziativa del contraddittorio è lasciata al contraddittore in sede di opposizione al provvedimento contro di lui emanato, è naturale che di tale iniziativa quegli non si valga se non quando ritenga di aver qualche cosa di utile da dire ».

(7) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 242.

(8) Il CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 101 insegna che il carattere fondamentale del pr. monitorio consiste nella *eventualità* del contraddittorio; ma, a mio avviso, si coglie meglio la natura del pr. monitorio ponendo il suo carattere tipico non tanto nella *eventualità* del contraddittorio, quando nello spostamento di iniziativa (che di tale eventualità è la causa) dall'attore al convenuto. [Cfr. IV, n. 3].

§ 2. — Procedimento monitorio puro e procedimento monitorio documentale nelle legislazioni straniere.

Sommario: 4. Origine italiana del procedimento monitorio. — 5. Limiti di applicabilità: procedimento monitorio puro e procedimento monitorio documentale. — 6. *a*) Il procedimento monitorio puro (*Manhverfahren*) nella legislazione austriaca. — 7. Id. nella legislazione germanica. — 8. *b*) Il procedimento documentale (*Urkundenprozess*) nella legislazione germanica. — 9. Il procedimento monitorio documentale (*Mandatsverfahren*) nella legislazione austriaca.

4. — A questa categoria di procedimenti speciali appartiene il « procedimento per ingiunzione » quale è stato attuato da noi, in applicazione della legge 9 luglio 1922 n. 1035, dal R.D. 24 luglio 1922 n. 1036. Ma prima di passare, per una più esatta collocazione sistematica, ad approfondir la natura di questo e di altri procedimenti affini che il nostro diritto positivo conosceva già, anche prima della legge 9 luglio 1922, in varie manifestazioni sporadiche, è indispensabile che ci rendiamo conto più da vicino delle precise forme che questi speciali processi hanno assunto nella legislazione germanica ed austriaca: non già perché questa categoria di procedimenti sia una creazione originale del diritto tedesco, ché anzi essi trovano nel *praeceptum executivum sine causae cognitione* il loro diretto archetipo di fattura schiettamente italiana; ma perché anche per questi istituti processuali, ingegnosi prodotti della pratica italiana anteriore alle codificazioni, si è verificato il fenomeno, così frequente in tutto il diritto processuale moderno, che gli esempî nostrani del periodo intermedio siano stati più fedelmente imitati e più sapientemente sfruttati nelle legislazioni tedesche che non nella stessa legislazione processuale italiana oggi vigente, bruscamente tagliata fuori, a causa dell'influsso francese, dalle sue tradizioni nazionali. Cosicché anche per questo « procedimento di ingiunzione » testè rimesso in onore anche da noi (la cui recezione nel nostro diritto non costituisce una imitazione straniera più di quanto si possa considerare una imitazione straniera il recente accoglimento nei nostri musei delle opere d'arte italiana restituite dall'Austria!) il nostro legislatore, per rimettersi in contatto colla tradizione patria, ha dovuto rivolgersi principalmente alle leggi processuali tedesche, di cui in questo procedimento d'ingiunzione ora introdotto in Italia è facile riconoscere, come a suo tempo si vedrà, l'impronta.

5. — Teoricamente parlando, nulla vieterebbe *a priori* di adattare questa forma di procedimento, in cui l'iniziativa del contraddittorio è spostata dall'attore al convenuto, ad ogni specie di azioni: allo stesso modo che si può avere nel nostro processo ordinario una sentenza di mero accertamento o una sentenza costitutiva pronunciate in contu-

macia del convenuto, così non sarebbe né logicamente né giuridicamente assurdo pensare che anche le azioni di mero accertamento e le azioni costitutive potessero essere fatte valere mediante questo speciale procedimento e sodisfatte mediante decreto del giudice, pronunciato *inaudita altera parte* e destinato ad acquistare efficacia simile a quella di una vera sentenza, nel caso in cui il convenuto non si valesse della sua facoltà di provocare il contraddittorio. Tuttavia, poiché l'utilità pratica di questa inversione dell'iniziativa del contraddittorio si manifesta storicamente soprattutto in relazione alla celerità con cui essa permette di giungere al titolo esecutivo, così è facile intendere come questa forma di procedimento sia riservata dalle legislazioni alle sole azioni di condanna (9).

È opportuno notare, d'altra parte, che neppure a tutte le azioni di condanna questo procedimento trovasi indistintamente applicato: sono escluse da esso le azioni di condanna relative a prestazioni *di fare* o *di non fare*, e quelle relative a prestazioni *di dare*, quando la prestazione abbia per oggetto una cosa non fungibile (10). Cosicché si può dire che questo procedimento è normalmente riservato alle sole azioni di condanna che abbiano per oggetto mediato una somma di danaro da pagare o una determinata quantità di cose fungibili da consegnare (11): il che però non toglie che si trovino nelle legislazioni positive, e si possano pensare *in jure condendo*, esempî di estensione di questo procedimento a tutte quante le categorie di azioni di condanna (12).

---

(9) Chiovenda, *Principii*, pag. 212 « ... questo processo avendo funzione prevalentemente esecutiva non può impiegarsi pel mero accertamento dei diritti ». [Il Segni, nel suo lavoro su *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, n. 8, nota 1 a pag. 362, rileva nel decr. lt. 27 marzo 1916 n. 397 un caso in cui il procedimento monitorio serve per far valere un'azione costitutiva; un altro caso analogo è messo in evidenza da Cristofolini, in *Riv. dir. proc.*, I, 1, pag. 211, negli artt. 3 e 4 della convenzione 14 giugno 1907 tra l'Italia e la Repubblica di S. Marino].

(10) Questa esclusione è giustificata, nella *Relazione governativa* ai §§ 548 e segg. della *CPO* austriaca, col motivo che « l'oggetto della prestazione manca qui di quella determinatezza che si richiede perché possa emanarsi, colla comminatoria della esecuzione, un precetto ».

(11) Cfr. § 668 *CPO* germanica; legge austriaca 27 aprile 1873, § 1; *CPO* austriaca, § 548.

(12) Nella dottrina italiana del periodo intermedio si trovano esempii di procedimento per ingiunzione adoprato per obbligazioni di fare o di non fare (« *praeceptum ut aliquid faciat vel non faciat* »), e persino in controversie relative a diritti reali: cfr. Skedl, *Das Mahnverfahren*, Leipzig, 1891, pag. 32. Il disegno di riforme al Cod. di proc. civ. presentato dal ministro Orlando il 20 maggio 1909 estendeva il procedimento per ingiunzione alle obbligazioni di fare o non fare (art. 37; e pag. 21 della *Relazione*). D'altra parte le legislazioni degli antichi Stati

Ma le restrizioni che le legislazioni pongono al campo di applicabilità di questo procedimento nelle sue diverse forme, non si fermano qui; esse non riguardano soltanto, come quelle che abbiamo viste finora, la natura dell'azione e del suo oggetto mediato, ma in certi casi si riferiscono anche al *grado di probabilità* con cui si presentano al giudice i fatti posti dall'attore a fondamento della sua domanda: secondoché questi fatti risultino dalla semplice affermazione dell'attore, o risultino invece da prova scritta, il procedimento con inversione della iniziativa del contraddittorio si può distinguere nelle legislazioni processuali tedesche in due diversi tipi, che possiamo qui, per intenderci, denominare rispettivamente *a*) procedimento *monitorio puro* e *b*) procedimento *monitorio documentale* (13). È opportuno esaminare da vicino i caratteri specifici di queste due forme di procedimento monitorio, che entrambe, come vedremo, hanno anche nel nostro diritto riconoscibili derivazioni.

6. — *a*) Il procedimento *monitorio puro* (*Mahnverfahren*) si trova applicato nella sua forma più semplice e possiam dire più energica, nella legge austriaca 27 aprile 1873 n. 67, modificata dalla *Gerichtsentlastungsnovelle* 1° giugno 1914 n. 118. Alle limitazioni già viste, concernenti la natura dell'azione e del suo oggetto mediato, la ricordata legge aggiunge un'altra restrizione concernente il *valore* del credito fatto valere: questo procedimento monitorio è infatti limitato all'esercizio dei crediti di *valore minimo* (14).

I caratteri più salienti della struttura processuale di questo procedimento sono i seguenti. Sulla semplice richiesta (*Gesuch*), scritta o orale (§ 4), del creditore, il giudice competente (che è in ogni caso il *Bezirksgericht*: § 2) rilascia, senza sentire il debitore (§ 5), un ordine condizionato di pagamento (*ein bedingter Zahlungsbefehl*) indirizzato

---

italiani e quelle straniere oggi vigenti offrono esempi di procedimenti di ingiunzione adoprati per il rilascio di immobili locati (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 218 e segg.) come anche proponeva il disegno di legge sul procedimento per ingiunzione presentato dal ministro MORTARA il 16 luglio 1919 alla Camera dei deputati (artt. 17-24): cfr. MORTARA, *Manuale*, 9ª ed., vol. I, pag. 507; ed *Appendice*, pagg. 67-74.

(13) Contro questa distinzione, cfr. SEGNI, *L'opposizione*, cit., n. 7 [Cfr. oltre, IV, n. 2.]

(14) Per il § 1 della legge 27 aprile 1873 questo procedimento era limitato ai crediti il cui valore, senza contar gli interessi e gli accessorî, non superasse i 200 fiorini di valuta austriaca (400 corone). La *G.E.N.* del 1° giugno 1914 innalzò questa cifra a un massimo di 1000 corone. [Per gli ulteriori innalzamenti di tale cifra apportati dalle più recenti Novelle, cfr. HERMANN, *Zivilprozessnovellen* (Wien, 1923)].

al debitore, coll'avvertenza che egli può fare opposizione (*Widerspruch*) entro il termine di quattordici giorni dalla notificazione (§ 6). Se il debitore non fa opposizione nel termine, l'ordine di pagamento acquista forza di titolo esecutivo (§ 15), contro il quale non è ammesso altro rimedio che la restituzione in intiero, ove il debitore provi di non aver potuto fare opposizione nel termine a causa di un avvenimento imprevisto o inevitabile (§ 14). Se il debitore fa opposizione nel termine (e basta a tale scopo che egli dichiari al giudice, oralmente o per iscritto, che esso fa opposizione all'ordine di pagamento, *senza bisogno di addurne i motivi*: § 8), l'ordine di pagamento perde, per solo effetto di tale dichiarazione, ogni sua forza (§ 9). La proposizione della opposizione, che fa cadere l'ordine di pagamento emanato senza contraddittorio, non basta senz'altro ad aprire il giudizio in contraddittorio: a tale scopo occorre una nuova domanda del creditore, presentata nelle forme ordinarie, ove già il creditore non l'abbia in ipotesi cumulata colla richiesta di ordine di pagamento (§ 19) (15).

Questa forma di procedimento monitorio trovasi oggi in vigore anche nella Repubblica Czeco-Slovacca, dove però il limite massimo della sua applicabilità per valore è stato innalzato alla somma di 5000 corone (16).

7. — La limitazione del procedimento monitorio puro ai crediti di valore minimo, che abbiamo vista testé nel diritto austriaco, non è accolta dal diritto germanico (*CPO*, §§ 688-702: *Mahnverfahren*), il quale estende questo procedimento ai crediti di qualunque valore, purché, si capisce, abbiano per oggetto una somma di denaro o una determinata quantità di cose fungibili (§ 688). Ma se il campo dell'applicazione di questo procedimento è molto più vasto nel diritto germanico che in quello austriaco, assai più complicata e meno agevole è nel diritto germanico la sua struttura processuale.

Anche qui il procedimento si inizia con una richiesta (*Gesuch*), scritta o orale (§§ 690 e 702), rivolta dal creditore al giudice competente (sempre l'*Amtsgericht*, qualunque sia il valore del credito: § 689), il quale, *inaudita altera parte*, rilascia un ordine condizionato di pagamento (§ 688), contenente l'invito al debitore di pagare o di fare

---

(15) Cfr. POLLAK, *System des Österr. Zivilprozessr.*, (Wien, 1906), vol. II, pag. 665 e segg. Un breve raffronto tra il pr. m. austriaco e quello germanico in HELLWIG, *System*, II, pagg. 69-70.

(16) Legge 1° aprile 1921, n. 161, art. III, in *Die Zivilprozessgesetzgebung der tsch.-slow. Republik heraus.* v. WEISS (1921), pag. 11: cfr. dello stesso WEISS la rassegna di legislazione processuale czecoslovacca in *Rhein. Zeits.*, XI (1921), pag. 172.

opposizione entro una settimana dalla notificazione (§ 692). Se il debitore fa tempestiva opposizione (*Widerspruch*), la quale può esser fatta anche oralmente e senza motivazione, l'ordine di pagamento non acquista per il solo decorso del termine l'efficacia di titolo esecutivo; ma occorre che, su nuova richiesta del creditore, esso sia dichiarato eseguibile, mediante un ordine di esecuzione (*Vollstreckungsbefehl*: § 699) rilasciato dal cancelliere o, in caso che questo si rifiuti, dal tribunale. L'ordine di esecuzione equivale a una sentenza contumaciale dichiarata provvisoriamente eseguibile; e contro di esso il debitore può fare opposizione (*Einspruch*) negli stessi limiti in cui l'opposizione è ammessa contro le sentenze contumaciali (§ 700). Nel caso che sia proposta opposizione (*Widerspruch*) contro l'ordine di pagamento, o opposizione (*Einspruch*) contro l'ordine di esecuzione, il giudizio in contraddittorio si svolge, su richiesta di una delle parti (§ 696), non più in base alla competenza esclusiva dell'*Amtsgericht*, ma in base alle regole ordinarie della competenza per valore (rinvio al *Landgericht*: §§ 697 e 700) (17).

A parte le diversità formali e i diversi limiti di applicazione, il procedimento monitorio del diritto germanico ha in comune con quello del diritto austriaco questi due caratteri fondamentali: 1°) che l'ordine condizionato di pagamento viene rilasciato dal giudice in base alla sola affermazione, unilaterale e non provata, del creditore; 2°) che la semplice opposizione non motivata del debitore fa cadere nel nulla l'ordine di pagamento, cosicché il giudizio in contraddittorio, che può eventualmente svolgersi in seguito a tale opposizione, non mira a decidere se l'ordine di pagamento debba essere revocato o mantenuto, ma a decidere *ex novo* sulla originaria azione di condanna, come se l'ordine di pagamento non fosse mai stato emesso (18).

---

(17) Cfr. i due trattatisti più recenti: HELLWIG, *System*, II, §§ 253-255; STEIN, *Grundriss*, § 114. Gli scritti monografici saranno citati nelle note seguenti.

(18) STEIN, *Grundriss*, § 114, VI. Questi due caratteri, propri del procedimento monitorio puro, si ritrovano anche nel procedimento stabilito, sulle traccie dell'antico *Rechtsbot*, dalla legge federale svizzera sull'esecuzione e il fallimento dell'11 aprile 1889, secondo la quale lo *Zahlungsbefehl* può essere rilasciato sulla semplice affermazione del creditore e perde ogni efficacia per la semplice opposizione del debitore (artt. 69-79; specialmente notevoli gli artt. 78 e 79). Il procedimento ha invece carattere nettamente esecutivo, quando l'ordine di pagamento si basa su sentenza passata in giudicato o su altro titolo esecutivo (artt. 80-84). Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 212 nota 3; REICHEL, *Das Schutdbetreibungs-und Konkursgesetz* (Zürich, 1912), pag. 58 e segg.; HEUSLER, *Der Zivilprozess der Schweiz* (Bensheimer, 1923), pag. 180; e per la storia del *Rechtsbot*, KOHLER, in *Arch. f. civ. Pr.*, LXXXIX, pag. 284. Sul procedimento di *writ of special indorsement* del dir. inglese, cfr. KOHLER, *Proz. Forschungen*, pag. 136 e segg.

8. — *b*) Il secondo tipo di procedimento monitorio, che noi chiamiamo *monitorio documentale*, è una singolare forma ibrida che il diritto austriaco attuale (sotto il nome di *Mandatsverfahren*: *CPO* §§ 548-554) ha derivato dall'incrocio di due procedimenti profondamente diversi: la denominazione di procedimento *monitorio documentale*, da noi adottata, mira infatti a ricordare che questa forma di procedimento si può considerare come una fusione del procedimento monitorio puro (*Mahnverfahren*), di cui abbiamo già esaminato la struttura, e del cosiddetto processo documentale (*Urkundenprozess*) del diritto comune tedesco, di cui vedremo ora i caratteri più significativi.

Il cosiddetto processo *documentale* del diritto tedesco, oggi accolto nella sua forma tradizionale dalla legislazione germanica (*CPO* §§ 592-605: *Urkunden-und Wechselprozess*) (19), e limitato nel nostro diritto al solo caso del processo cambiario (Cod. comm. art. 324), ha comune col processo monitorio lo scopo di dar vita, con maggior celerità del processo ordinario, a un titolo esecutivo; ma il mezzo di cui si vale per raggiungere questo scopo non consiste già nella inversione della iniziativa del contraddittorio, sibbene consiste nella incompletezza della cognizione, la quale, mentre si inizia nelle forme ordinarie mediante contradditorio provocato dall'attore, è in una prima fase del giudizio limitata alle sole eccezioni di pronta soluzione, con riserva delle altre di più lunga indagine a una fase ulteriore: cosicché, mentre questa seconda fase del giudizio è ancora pendente, il creditore ha intanto un titolo esecutivo provvisorio (*condanna con riserva*) di cui può valersi senza attendere l'esito della cognizione completa. Questa forma di procedimento non trova giustificazione logica se non in quei casi in cui sussista in alto grado la probabilità che l'accertamento definitivo coincida coll'accertamento provvisorio: ossia, in altre parole, in quei casi in cui la natura delle prove sulle quali l'attore appoggia la sua domanda sia tale da rendere, se non certa, almeno verosimile, la fondatezza della domanda stessa: perciò l'applicabilità di questo procedimento è limitata non soltanto alle azioni di condanna relative al pagamento di somme di denaro o alla consegna di determinate quantità di cose fungibili (*CPO* § 592, come per il processo monitorio), ma è altresì limitata, e da ciò deriva il nome di processo *documentale*, a quelle azioni i cui fatti costitutivi possono essere provati mediante documenti (§ 592 cit.). Contro l'azione fondata su documenti il convenuto non può opporre altre eccezioni che quelle ugualmente basate

(19) Cfr. HELLWIG, *System*, II, pagg. 251-252; STEIN, *Grundriss*, § 112; e da noi CHIOVENDA, *Principii*, pag. 205 e segg. e soprattutto il suo scritto già citato, *La condanna con riserva*, pag. 628 e segg.

su prove scritte (o su giuramento decisorio: § 595): quelle fondate su altri mezzi di prova non impediscono che la domanda dell'attore sia intanto accolta mediante sentenza di condanna con riserva (*Vorbehaltsurteil*: cfr. § 599), salvo nel convenuto il diritto di farle valere in una fase successiva del procedimento (*Nachverfahren*).

Questo breve cenno intorno al processo *documentale* (*Urkundenprozess*) della legislazione germanica ci permette di tornare con maggior chiarezza di idee al processo *monitorio documentale* della legislazione austriaca (*Mandatsverfahren*) e di spiegare le ragioni per le quali poco fa abbiamo affermato ch'esso ha natura ibrida. Esso, infatti, si avvicina al processo monitorio puro, in quanto mira a creare con celerità un titolo esecutivo mediante la inversione della iniziativa del contraddittorio; ma, d'altra parte, si avvicina al processo documentale della legislazione germanica, in quanto, pur non ammettendo la limitazione delle eccezioni e quindi la condanna con riserva, è applicabile soltanto ai crediti fondati su prova scritta (20).

9. — Il processo *monitorio documentale* (*Mandatsverfahren*) della legislazione austriaca è esperimentabile per i crediti di danaro o di altre cose fungibili, quando la domanda si basi su atti pubblici o su scritture private autenticate (*CPO* austr. § 549). Il creditore che vuol valersi di questa forma di procedimento, deve, nello stesso libello introduttivo (*Klage*) che serve a iniziare il processo ordinario, chiedere che contro il debitore sia rilasciato un mandato di pagamento in conformità della domanda (*Mandat, Zahlungsauftrag*): il giudice (la cui competenza si determina, secondo le regole ordinarie, dal valore della domanda), se ritiene che i fatti costitutivi dell'azione risultino provati dai documenti prodotti, rilascia, senza sentire l'altra parte, il richiesto mandato di pagamento (§ 550) indirizzato al debitore, il quale, entro quattordici giorni dalla notificazione del mandato, può far valere le sue eccezioni (*Einwendungen*: § 500 e § 552) presso lo stesso tribunale che lo ha rilasciato. Se il debitore non fa valere tempestivamente le sue eccezioni, il mandato allo scadere del termine acquista efficacia di titolo esecutivo; se il creditore si oppone entro il termine, la sua opposizione dà luogo, senza ulteriore istanza dell'attore, al dibattimento in contraddittorio (§ 552), in seguito al quale il tribunale decide mediante sentenza se il mandato di pagamento dev'essere confermato e diventar così titolo esecutivo, o se invece dev'esser dichiarato inefficace (§ 553).

---

(20) Cfr. POLLAK, *System*, II, pag. 633; HELLWIG, *System*, II, pag. 56; e da noi cenni in CHIOVENDA, *Principii*, pag. 206 nota 2, pag. 212 nota 2 e pag. 1181 e seguenti.

Basta questo cenno schematico per fare intendere le grandi affinità di struttura che passano tra il procedimento monitorio puro e questo *Mandatsverfahren* austriaco (in gran parte riprodotto nella legge bulgara del 30 novembre 1897) (21); tra lo *Zahlungsbefehl* di quello e lo *Zahlungsauftrag* di questo la differenza è, in verità, più di nome che di sostanza. Giova tuttavia rilevare che il procedimento monitorio documentale differisce notevolmente dal procedimento monitorio puro in due punti (cfr. *retro*, n. 7 in fine): 1°) in quanto, mentre lo *Zahlungsbefehl* vien rilasciato dal giudice in base alla semplice affermazione non provata del creditore (22), lo *Zahlungsauftrag* presuppone che i fatti costitutivi del credito siano provati mediante documenti; 2°) in quanto, mentre nel processo monitorio puro l'ordine di pagamento perde la sua efficacia per la semplice opposizione *non motivata* del debitore, nel processo monitorio documentale l'opposizione del debitore non fa cadere senz'altro il mandato di pagamento, ma ha invece l'effetto di aprire un giudizio di cognizione in contraddittorio, nel quale il tribunale, valutando nei loro elementi di diritto e di fatto le eccezioni del convenuto, deve decidere se queste siano tali da dimostrare la infondatezza del mandato di pagamento o se invece questo meriti, in base alle prove scritte già fornite dall'attore, di essere tuttavia mantenuto e reso esecutivo (23).

Un'ulteriore avvertenza non sembra superflua: queste eccezioni che nel *Mandatsverfahren* austriaco il convenuto può opporre contro il mandato di pagamento basato su prove documentali, non hanno niente a che vedere colle svariate forme di « opposizione alla esecuzione » che le legislazioni processuali consentono al debitore: tali opposizioni infatti mirano, come si è veduto (*retro*, n. 2 in principio), a far dichiarare, quando il processo è già in corso, che il titolo esecutivo, già nato e già messo in opera come tale, ha efficacia meramente apparente e che quindi la esecuzione non può essere continuata; mentre le « eccezioni » di questo *Mandatsverfahren* mirano a

---

(21) Cfr. *Bulgarische Zivilgerichts-Ordnung samt Novelle und Gesetz über das Mandatsverfahren*, Deutsche Ubersetzung (München, 1921), pag. 311 e segg. Questa legge accoglie i due caratteri fondamentali del *Mandatsverfahren* austriaco: che è applicabile solo ai crediti provati con scritture pubbliche o autenticate (art. 2) e che, nel caso di opposizione presentata nel termine, il tribunale deve decidere se conferma o revoca l'ordine di pagamento (art. 11).

(22) [Cfr. SEGNI, *L'opposizione*, cit., n. 7].

(23) Cfr. su queste differenze tra *Mahnverfahren* e *Mandatsverfahren*, POLLAK, *System*, II, pagg. 666-667, avvertendo che l'altra differenza rilevata da questo Autore e consistente in ciò, che mentre il *Mandatsverfahren* dà luogo a un'azione esecutiva che si prescrive in trenta anni, la efficacia del titolo esecutivo creato col *Mahnverfahren* durerebbe soltanto sei mesi, non esiste più dopo la *G.E.N.* 1° giugno 1914 che ha abrogato il § 16 della legge 27 aprile 1873.

far dichiarare, prima che il titolo esecutivo sia nato, che il mandato di pagamento, emesso condizionatamente e non ancora rivestito di efficacia esecutiva, non merita di diventare un titolo esecutivo, e che quindi in base ad esso la esecuzione non può essere neppure iniziata.

§ 3. — Il procedimento monitorio nella legislazione italiana.

Sommario: 10. Vari tipi di proc. mon. nel diritto italiano. — 11. *a*) Esempi di procedimento monitorio puro: R.D. 20 marzo 1913, n. 239; art. 379 Cod. proc. civ. — 12. *b*) Esempio di proc. monitorio documentale: R.D. 24 luglio 1922, n. 1036. — 13. *c*) Casi intermedi.

10. — Passati così in rassegna i più caratteristici tipi di procedimenti di cognizione con inversione della iniziativa del contraddittorio, che si presentano nelle legislazioni straniere, possiamo ora renderci meglio conto della figura assunta dall'istituto, in parte sotto l'influsso di questi suoi precedenti immediati, nel nostro diritto.

E intanto possiamo fare questa osservazione preliminare: che nella legislazione processuale italiana non abbiamo una sola forma di procedimento monitorio, appartenente all'uno o all'altro dei due tipi (pr. mon. *puro* e pr. mon. *documentale*) precedentemente considerati; ma abbiamo contemporaneamente applicazioni del primo e del secondo tipo, con caratteristiche nettamente distinte, se pure, talvolta, con identica denominazione: e abbiamo altresì qualche forma intermedia tra questi due tipi.

11. — *a*) Il procedimento monitorio *puro* non si trova adottato da noi come istituto generale in tutto il territorio dello Stato.

Mentre nelle provincie redente è ancora in vigore il procedimento monitorio austriaco regolato dalla legge 27 aprile 1873 (colle modificazioni introdottevi dalla *Nov.* del 1° giugno 1914 e successive), una forma di procedimento monitorio puro che si inspira in maniera evidentissima a questa legge è attuata fino dal 1913 nella Colonia libica (ord. giud. libico, R.D. 20 marzo 1913 n. 239, *Procedimento monitorio*, artt. 49-58), limitatamente ai crediti il cui valore non superi le lire 500 (art. 49). Nelle vecchie provincie del Regno il procedimento monitorio puro non trova applicazione (per non parlare del procedimento per rilascio di immobili, regolato dalla legge 24 dicembre 1896 n. 547, il quale, pur derivando storicamente dal processo monitorio, ne conserva solamente qualche carattere secondario) (24), all'infuori di quella sta-

(24) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 218 e segg., 1197 e segg. [Il Segni, *L'opposizione*, cit., nota 4 a pag. 350, e n. 8 lett. *a*, considera anche il procedimento

bilita dell'art. 379 del Cod. proc. civ. (integrato dall'art. 3 del decr. lt. 27 ottobre 1918 n. 1774) per i crediti dei professionisti legali verso i loro clienti, senza limitazione di somma (cfr. art. 79 legge notarile 16 febbraio 1913 n. 89).

L'applicazione del procedimento monitorio puro è sottoposta dunque nel nostro diritto a notevoli restrizioni, non solo per ragione *di territorio* (in quanto non è uniformemente regolato in tutte le parti dello Stato), ma anche per ragione di *valore* (esiguità del credito) o per ragione di *materia* (natura privilegiata del credito).

I due caratteri che abbiamo considerati come fondamentali del procedimento monitorio puro (*retro*, n. 7 in fine) e come decisivi per distinguerlo dal procedimento monitorio documentale (*retro*, n. 9), si riscontrano con assoluta evidenza nel procedimento monitorio, regolato con sobrie e nitide disposizioni, dell'ordinamento libico; questo stabilisce infatti: 1°) che l'ordine di pagamento è rilasciato su semplice richiesta, orale o scritta, del creditore, senza nessuna esibizione di prove (art. 50); e che « per l'opposizione basta che il debitore dichiari oralmente o per iscritto nella cancelleria del tribunale che esso fa opposizione all'ordine di pagamento. *Non occorre addurre motivi. Fatta l'opposizione, l'ordine di pagamento perde la sua efficacia* » (art. 54) (25).

Non con altrettanta evidenza questi due caratteri appaiono nel procedimento monitorio a favore dei professionisti legali, quale è regolato dai citati artt. 379 Cod. proc. civ. e 3 decr. lt. 27 ottobre 1918: essi però risultano implicitamente dal fatto che queste disposizioni non richiedono in alcun modo che il professionista creditore giustifichi con prove il fondamento della sua notula, e dall'insegnamento della dottrina, secondo la quale, anche in questo caso, « proposta opposizione entro il termine, l'ordine di pagamento perde anche la possibilità di diventare esecutivo e si risolve definitivamente in una domanda giudiziale » (26).

---

di licenza per finita locazione stabilito da questa legge come un esempio tipico di proc. monitorio. Egli giunge a questa conclusione, perché pone come carattere fondamentale del proc. monitorio la condanna *senza cognizione*, che, anche per la legge 24 dicembre 1896, può avvenire quando la licenza viene convalidata nel caso di mancata comparizione del convenuto; a conclusione opposta debbo giungere logicamente io, che, considerando come carattere distintivo del proc. monitorio l'inversione della iniziativa del contraddittorio, non posso far rientrare in questo tipo di procedimento la licenza per finita locazione che s'accompagna sempre alla citazione del convenuto. Cfr. oltre, IV, n. 2].

(25) [Cfr. SEGNI, *L'opposizione*, cit., n. 8, lett. *c*].

(26) CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 216 e 1193 e seguenti. [Su questo procedimento e su quello, analogo, stabilito dall'art. 79 della legge notarile 16 febbraio 1913 n. 89, cfr. SEGNI, *L'opposizione*, cit., n. 8, lett. *b* e note].

Grandi analogie con questa forma di procedimento monitorio civile ha il procedimento « per decreto » del Cod. proc. penale (*Del decreto penale*: artt. 298-302), specialmente per la disposizione dell'art. 301, secondo il quale, se l'imputato fa opposizione al decreto che lo condanna e si presenta in udienza, « il decreto si ha come non pronunziato ».

12. — *b*) Il procedimento « per ingiunzione » introdotto di recente in Italia come istituto generale della già citata legge 3 luglio 1922 n. 1035, seguita dal R.D. 24 luglio 1922 n. 1036, si differenzia decisamente dalle forme di procedimento monitorio puro esaminate fin qui e si avvicina notevolmente al procedimento monitorio documentale (*Mandatsverfahren*) del diritto austriaco (§§ 548-554 *CPO*: cfr. *retro*, n. 9). Le caratteristiche che ci inducono a considerare questo procedimento « per ingiunzione » come qualcosa di profondamente diverso dal vero e proprio procedimento monitorio puro, si trovano già accennate nel disegno Orlando del 24 maggio 1909 (27) (artt. 23-29: *Del procedimento per ingiunzione*), redatto, com'è noto, da Lodovico Mortara: e appaiono poi nettamente definite nel disegno 16 luglio 1919 appositamente dedicato al procedimento per ingiunzione (28), che lo stesso Mortara compilò e presentò come ministro al Parlamento e che, attraverso varie vicende parlamentari, si è trasformato, con qualche modificazione non sostanziale, nel R.D. 24 luglio 1922 n. 1036 oggi in vigore.

Secondo questo decreto il procedimento per ingiunzione può essere esperimentato soltanto « per un credito liquido ed esigibile in denaro, ovvero in merci o altre cose fungibili, *fondato su prova scritta, valida secondo le norme del Codice civile o del Codice di commercio* » (29): è questo il carattere tipico del procedimento monitorio documentale del diritto austriaco, colla differenza (giustificata dal fatto che il diritto austriaco conosce in misura assai più limitata del nostro la forza esecutiva immediata dei titoli contrattuali) che mentre

---

(27) *Riforme del Codice di proc. civile.* Atti della Camera dei Deputati, Legisl. XXIII, Sess. 1909, Doc. n. 147.

(28) *Procedimento per ingiunzione.* Atti della Cam. Deputati, Legisl. XXIV, Sess. 1913-19, n. 1177 (ripresentato al Senato il 10 dicembre 1919); lo stesso disegno con poche modificazioni di forma fu presentato dal min. Rossi alla Camera il 25 marzo 1922 (Atti, Legisl. XXVI, Sess. 1921-22, n. 1441) e al Senato il 12 maggio 1922 (Atti, Legisl. XXVI, 1ª Sess., doc. n. 411); cfr. per questi precedenti parlamentari, la citata *Appendice* al *Manuale* del Mortara, pagg. 67-74.

(29) Cfr. disegno Orlando 24 maggio 1909 art. 23 (l'art. 25 disponeva però che « per somme non superiori a lire cento il decreto è pronunziato dal conciliatore, *anche senza la prova scritta*, se la evidenza e la esigibilità del credito possono essere altrimenti verificate »); disegno Mortara 16 luglio 1919, art. 1.

il *Mandasverfahren* austriaco è esperimentabile soltanto in base a atti pubblici o a scritture private autenticate (§ 548 *CPO*), il nostro procedimento per ingiunzione è esperimentabile in base a qualsiasi prova scritta: il che, come vedremo a suo tempo nella esegesi degli articoli di questo decreto, ne allarga di assai il campo d'applicazione.

Il secondo carattere, proprio del procedimento monitorio documentale (*retro*, n. 9), che si riscontra chiarissimo in questo nostro procedimento per ingiunzione, si desume dall'art. 12 del decreto suddetto, il quale dispone che la opposizione, invece di far cadere nel nulla l'ordine di pagamento come avviene nel procedimento monitorio puro, « sospende l'efficacia esecutiva della ingiunzione »; sicché il giudizio in contraddittorio al quale l'opposizione dà luogo, mira a decidere se dev'essere tenuta ferma o se dev'essere revocata (cfr. § 553 *CPO* austr.) la ingiunzione, alla quale « il passaggio in giudicato della sentenza che rigetta l'opposizione dà forza esecutiva irrevocabile » (art. 12, cpv. 1° e 2°: cfr. art. 13 cpv.) (30).

La opposizione, dunque, non basta di per sé stessa a togliere la possibilità che la ingiunzione si trasformi in titolo esecutivo; essa « non annulla *ipso iure* l'ingiunzione, ma ne sospende di diritto ogni effetto fino alla decisione della controversia » (31), in seguito alla quale la ingiunzione cadrà definitivamente soltanto quando il giudice si sia convinto che i motivi e le prove su cui il convenuto basa la sua opposizione siano tali da togliere ogni valore alle prove scritte già fornite dall'attore.

13. — *c*) Una posizione intermedia tra il procedimento monitorio puro e il procedimento monitorio documentale occupa il « procedimento per ingiunzione » accolto come istituto generale e senza limitazione di valore dalla *Proposta* CHIOVENDA (artt. 197-204) (32); esso tiene del procedimento monitorio documentale, in quanto non è esperimentabile che « per le obbligazioni risultanti da prova scritta » (art. 197); mentre si avvicina al procedimento monitorio puro in ciò che concerne gli effetti della opposizione (art. 202 cpv. ultimo: « Colla presentazione della opposizione, l'ingiunzione *perde ogni efficacia*, salvi gli effetti della litispendenza »).

Carattere intermedio, ma per opposte ragioni, hanno quei varî

---

(30) Questo art. 12 deriva dall'art. 12 del dis. 16 luglio 1919, secondo il quale « l'opposizione produce gli effetti di sospendere la efficacia della ingiunzione e di far dipendere il regolamento dei rapporti fra le parti dalla sentenza definitiva ».

(31) Relaz. del min. MORTARA al dis. 16 luglio 1919, Doc. n. 1177 cit., pag. 3.

(32) La *Riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra* (Napoli, 1921), pag. 141 e segg.

procedimenti privilegiati (denominati « coattivi » o « di coazione ») istituiti da varie leggi a favore della pubblica amministrazione per la riscossione dei crediti che questa può avere verso il cittadino, e unificati dal T.U. 14 aprile 1910, n. 639. Questi procedimenti, che rientrano nella categoria dei procedimenti con inversione della iniziativa del contraddittorio (33), si avvicinano al procedimento monitorio puro, in quanto sono esperimentabili in base alla semplice affermazione di credito fatta dalla pubblica amministrazione, senza che questo risulti da prova scritta; mentre si accostano al procedimento monitorio documentale, in quanto la opposizione tempestiva del debitore non sospende *ipso iure* il procedimento coattivo (T.U. 20 maggio 1897, art. 135; T.U. 14 aprile 1910, art. 3; T.U. della legge del registro 30 dicembre 1923 n. 3269, art. 144 e seguenti; T.U. della legge tributaria sulle successioni 30 dicembre 1923 n. 3270, art. 92 e seguenti; R.D. 9 dicembre 1923 n. 2710, art. 9; R.D. 25 febbraio 1924 n. 549, artt. 122 e 206; R.D. 25 marzo 1923 n. 796, artt. 1-5, sul decreto penale emesso dall'Intendenza di Finanza, ecc.) (34). Si deve notare però che una precisa sistemazione di questi procedimenti coattivi a favore della pubblica amministrazione non è agevole, perché in essi la struttura originaria del procedimento monitorio si è in parte modificata sotto l'influsso di elementi di diritto pubblico (natura privilegiata del credito; esecutorietà degli atti amministrativi; principio del *solve et repete*) (35).

§ 4. — Natura e collocazione sistematica del procedimento monitorio.

Sommario: 14. Posizione delle questioni. — 15. *a*) Opinione di scrittori austriaci secondo i quali il proced. monit. rientra nella giurisdizione volontaria; richiamo a una teoria del Carnelutti. — 16. Confutazione: carattere schiettamente giurisdizionale del proc. monitorio. — 17. *b*) Opinione del Plósz e dello Skedl, che classificano il procedimento monitorio tra i processi esecutivi. — 18. Confutazione: il proc. mon. è una forma speciale di processo di cognizione abbreviato. — 19. Il proc. monitorio costituisce un caso di accertamento mediante preclusione. — 20. Processo monitorio e contumacia. — 21. Carattere condizionale dell'ordine di pagamento. — 22. *c*) Il procedimento monitorio

---

(33) Cfr. su di essi Chiovenda, *Principii*, pag. 222; e la mia *Rassegna critica della giurispr. in materia di dir. proc. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, pag. 211 e seguenti.

(34) Cfr. *Rassegna*, cit., n. 7.

(35) [Su questi procedimenti coattivi, e su altri creati dalla legislazione di guerra ed ora non più in vigore (decr. lt. 9 novembre 1916 n. 1525, all. G, art. 5; 15 aprile 1917 n. 634; 7 gennaio 1917 n. 55, art. 2), cfr. Segni, *L'opposizione*, cit., n. 7].

sarebbe il mezzo per far valere una speciale azione sommaria? Opinione del Chiovenda: confutazione.

14. — L'esame testé compiuto dei varî tipi di procedimento monitorio oggi in vigore nella legislazione processuale italiana e il loro ravvicinamento ai più notevoli precedenti delle legislazioni straniere ci mette in grado di affrontare con cognizione di causa il problema della collocazione del procedimento monitorio in genere nel sistema di processo civile. Le questioni da risolvere a tale proposito si possono raggruppare intorno ai tre punti seguenti:

a) se il procedimento monitorio abbia natura propriamente giurisdizionale, o se debba invece essere sistematicamente avvicinato alla cosiddetta « giurisdizione volontaria »;

b) se il pr. mon., ove si ritenga ch'esso abbia natura propriamente giurisdizionale, sia da classificarsi tra i procedimenti esecutivi;

c) se il pr. mon., ove si consideri come una forma di processo di cognizione speciale o straordinario (pr. *sommario qualificato*), si possa anche considerare come espressione di una speciale azione distinta dalla ordinaria azione di condanna (azione *sommaria*).

Ho già avuto occasione di sfiorare in altro mio scritto (36) queste varie questioni, dibattutissime nella dottrina processualistica tedesca; ma non credo superfluo, ora che abbiamo anche in Italia il procedimento per ingiunzione come istituto generale, tornarvi su di proposito e non alla sfuggita. Avverto anche che qualcuno degli scrittori, specialmente austriaci, che hanno trattato questi argomenti, inclinano a risolvere i quesiti ora proposti in modo diverso secondoché si tratti di procedimento monitorio puro (*Mahnverfahren*) o di procedimento monitorio documentale (*Mandatsverfahren*): io ritengo però, per le ragioni che meglio appariranno dalla trattazione seguente, che agli effetti della definizione sistematica questi due procedimenti possano essere considerati come un tipo di procedimento unico (pr. con inversione della iniziativa del contraddittorio) e che non vi siano motivi sufficienti per considerarli come istituti di natura fondamentalmente diversa.

15. — *a*) Fra i processualisti austriaci vi è una notevole tendenza a considerare il *Mahnverfahren* della legge 27 aprile 1873 come appartenente ai procedimenti di giurisdizione volontaria (*ausser Streitsachen*) (37), per il motivo che in questa forma di procedimento manca,

---

(36) *Rassegna*, cit., nn. 4 e 5.

(37) MENGER, *System d. österr. Civ. Proz.* (Wien, 1876); POLLAK, in *Grünhut's Zeits.*, XX, pag. 742; in *Zeits. für d. deuts. Civilpr.*, XIX, pag. 126 e segg.; nonché in *System*, II, pag. 666 (e gli altri autori ivi citati).

a loro avviso, qualsiasi traccia di cognizione, in quanto il giudice emette il suo ordine di pagamento in base alle semplici affermazioni del creditore senza accertarsi neppur superficialmente della fondatezza delle medesime; manca altresì a questo procedimento ogni carattere contenzioso, poiché l'ordine di pagamento è emesso nella supposizione che il debitore non si opponga, mentre, se la opposizione tempestiva del debitore dimostra che intorno alla pretesa del creditore vi è controversia, l'ordine di pagamento cade e il procedimento monitorio ha esaurito la sua funzione. Il procedimento monitorio servirebbe dunque unicamente a creare un titolo esecutivo basato sull'accordo tra creditore e debitore: l'ordine di pagamento non avrebbe altro fondamento che la constatazione (emessa nella ipotesi che il debitore non faccia opposizione) della mancanza di controversia (*Unstreitigkeit*) intorno alla esistenza del credito. A questo modo di considerare il procedimento monitorio si avvicina molto la concezione espressa di recente, nelle sue così suggestive *Lezioni*, dal CARNELUTTI, il quale, partendo dalla premessa che il fine essenziale del processo di cognizione è la *giusta composizione della lite*, e che quindi non vi ha propriamente processo (funzione giurisdizionale) se non quando vi sia anche *una lite* (38), considera come processi *impropri* (nel senso che mediante essi il giudice esercita, con forme processuali, una funzione sostanzialmente non giurisdizionale) i *processi senza lite* (39): tra i quali rientrerebbe appunto il processo monitorio, che il CARNELUTTI stesso definisce « un congegno molto utile per separare automaticamente dai processi di condanna veramente contenziosi i processi senza lite » (40).

16. — Contro questa opinione dominante tra gli scrittori austriaci, sta la maggioranza, anzi, a mia scienza, la totalità dei processualisti germanici: i quali, anche se considerano il procedimento monitorio come appartenente alla esecuzione (41), sono però concordi nel riconoscere la sua natura giurisdizionale (42). Gli argomenti che vengono portati a difesa di questa seconda opinione, che è a parer mio senza

---

(38) Per il senso in cui il CARNELUTTI usa questa espressione, cfr. le sue *Lezioni*, I, n. 44.

(39) Cfr. specialmente: *Lezioni*, II, pag. 182 e segg. [Cfr., però, oltre, IV, n. 4].

(40) *Lezioni*, cit., II, pag. 193: cfr. *ibidem*, pag. 241 e segg.

(41) Cfr., per es., PLÓSZ, *Beiträge*, cit., pag. 147 nota 47.

(42) DRECHSEL, *Über die Begriffe « Civilprocess » und « Rechtstreit »*, pagg. 419-424; GOLDENRING, *Das Mahnverfahren*, pag. 452; HELLWIG, *System*, II, pag. 70 nota 7 *a*; SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1ª ed., pag. 601 nota 1; WEISMANN, *Lehrbuch*, I, § 121, III. [In questo senso, ora, SEGNI, *L'opposizione*, cit., n. 10, pag. 368].

alcun dubbio preferibile, non sono tutti quanti ugualmente forti né ugualmente rispondenti ai resultati ultimi ai quali è pervenuta oggi la scienza processualistica nel definire l'essenza della funzione giurisdizionale. Così il GOLDERING, partendo dalla concezione, ormai repudiata dalla più recente dottrina (43), che il criterio di distinzione tra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria consista in ciò, che la prima mira a *reprimere* il torto già avvenuto, mentre la seconda mira a *prevenire* il torto futuro (criterio che farebbe rientrare nella giurisdizione contenziosa anche la conciliazione) dimostra facilmente che il procedimento monitorio non appartiene alla giurisdizione volontaria, poiché il torto che esso mira a rimuovere è già esistente nel fatto che il debitore non abbia adempiuto spontaneamente la sua obbligazione (44).

Ma la natura schiettamente giurisdizionale del procedimento monitorio appare chiara anche quando si accetti il concetto del WACH (45), che vede nella giurisdizione contenziosa lo scopo di *attuare* rapporti giuridici già esistenti, mentre lo scopo della cosiddetta giurisdizione volontaria sarebbe quello di *costituire* stati giuridici nuovi. Partendo da questa premessa, è evidente che il processo monitorio appartiene alla giurisdizione contenziosa (ossia, più semplicemente, alla vera giurisdizione), perché esso non mira a costituire un nuovo rapporto giuridico, ma mira soltanto, *come l'ordinario processo di condanna*, a attuare un rapporto di obbligazione già esistente; ci sono, anche nel processo monitorio, due parti, una delle quali pretende dall'altra una prestazione; c'è, anche qui, un diritto non sodisfatto dalla volontaria prestazione dell'obbligato; c'è, di conseguenza, una sostituzione all'obbligato inadempiente dell'organo giurisdizionale, il quale, mediante l'ordine di pagamento, mira a produrre quello stesso effetto giuridico che il debitore avrebbe dovuto porre in essere colla propria attività. In tutto questo la giurisdizione volontaria non c'entra per nulla.

Si deve d'altra parte rilevare che gli argomenti sui quali i sostenitori della teoria che qui confutiamo basano le loro tesi, non sembrano molto esatti neanche quando li consideriamo ad uno ad uno. Non è esatto, innanzi tutto, affermare che nel processo monitorio manchi assolutamente lo stadio di cognizione: su questo punto avremo occasione di trattenerci tra breve (n. 19) e sarebbe inutile anticipare qui quanto a suo tempo dovremo dire in proposito. Inesatto del pari è l'affermare che dal processo monitorio esuli ogni carattere di con-

---

(43) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 315 in fine.

(44) Scritto citato, pag. 452.

(45) *Handbuch*, I, pag. 47 e segg.; cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 316.

tenziosità: anche se fosse vero, come non è (46), che funzione giurisdizionale non si dia senza contesa, sarebbe tuttavia certo che anche a base del processo monitorio sta un conflitto di interessi non soltanto potenziale ma attuale, tra creditore e debitore, derivante dalla inadempienza di questo all'obbligo suo (se questo conflitto non ci fosse, il creditore non avrebbe interesse a chiedere l'ordine di pagamento); e la efficacia esecutiva, che l'ordine di pagamento acquisterà allo scadere del termine senza opposizione, non deriva già dalla constatazione di un avvenuto accordo tra le parti, ma dall'accertamento per preclusione (47) dei fatti affermati dall'attore, i quali giustificano l'attuazione della legge (condanna) contro il convenuto.

Un altro argomento non trascurabile che il POLLAK (48) desumeva a favore della sua tesi dal § 16 della legge 27 aprile 1873 (limitazione della forza esecutiva dell'ordine di pagamento a sei mesi dal giorno della notificazione al debitore) non ha ormai più nessun valore, perché il § 16 è stato abolito, come contraddicente alla finalità del procedimento monitorio, dalla Novella del 1° giugno 1914 (49).

17. — *b*) Ammesso che il procedimento monitorio, anche nella sua forma più semplice (pr. mon. *puro*), abbia carattere schiettamente giurisdizionale, resta ora da decidere se esso sia una speciale forma di processo di cognizione o se rientri invece nella procedura esecutiva.

La natura esecutiva del procedimento monitorio si desumerebbe, secondo il PLÒSZ (50), principalmente dal suo scopo, al quale corrisponde, nella struttura processuale dell'istituto, l'atteggiamento di mera passività che serba il debitore, a somiglianza di quanto tipicamente avviene nel processo di esecuzione (51): l'ordine di pagamento dovrebbe considerarsi già come un inizio di esecuzione, perché il giudice, nell'emetterlo, non mira ad accertare (come farebbe in un vero processo di cognizione) se esiste il diritto da realizzare, ma dà come già accertata la sua esistenza e ne ordina perciò la realizzazione forzata (52): la eventuale opposizione del debitore all'ordine di pagamento sarebbe quindi un caso di vera « opposizione alla esecuzione » (*retro*,

---

(46) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 315.

(47) Cfr. PLÒSZ, *Beiträge*, cit., pagg. 133-134.

(48) *System*, II, pag. 666 cit.

(49) Cfr. i motivi di questa abolizione in HERMANN, *Die Gerichtsentlastungsnovelle* (Wien, 1914), pag. 88 in nota.

(50) *Beiträge*, cit., pagg. 134-148.

(51) *Ib.*, pagg. 143-144. Un certo parallelismo tra il procedimento monitorio e il processo esecutivo è rilevato anche, ma senza concluderne esplicitamente che il pr. mon. abbia natura esecutiva, dal MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 73.

(52) *Ib.*, pagg. 144-145.

n. 2) limitata entro uno speciale termine preclusivo, decorso il quale l'ordine di esecuzione diventerebbe irrevocabile non già perché il giudice sia convinto della esistenza del credito vantato dall'attore, ma perché il debitore è ormai decaduto dal suo diritto di opporsi alla esecuzione già iniziata (53).

Alla tesi del PLÒSZ porta ampio contributo di argomenti di natura prevalentemente storica lo SKEDL (54), il quale, dopo aver cercato di dimostrare, mediante ampie ricerche nella dottrina e nelle legislazioni del periodo intermedio, come la natura schiettamente esecutiva del procedimento monitorio sia stata disconosciuta dagli scrittori del diritto comune per una erronea confusione tra il vero procedimento monitorio (*mandatum sine clausula*) e il processo documentale (*mandatum cum clausula*) (55), sostiene che l'errore deve essere oggi corretto e che l'ordine di pagamento del moderno procedimento monitorio deve essere assimilato a quell'ordine di eseguire la sentenza che nel diritto comune tedesco costituiva il primo atto del processo esecutivo. Il creditore che avesse ottenuto in suo favore una sentenza irrevocabile di condanna, non poteva in base ad essa procedere senz'altro all'esecuzione, ma doveva rivolgere al giudice una domanda di esecuzione, in seguito alla quale il giudice emetteva all'indirizzo del debitore uno speciale ordine (*mandatum* o *praeceptum executionis*; *executoriale*; *Gebotsbrief*) di eseguire entro un dato termine la sentenza, sotto minaccia di procedere, in mancanza, alla esecuzione forzata (56): a questo *executoriale* del diritto comune corrisponderebbe appunto lo *Zahlungsbefehl* del procedimento monitorio, il quale potrebbe dunque esser definito, secondo lo SKEDL, come il provvedimento del giudice che inizia l'esecuzione senza previo stadio di cognizione (57). In corrispondenza con tale definizione, lo SKEDL vede in quello speciale *Vollstreckungsbefehl* che nel complicato procedimento monitorio del diritto germanico (*CPO*, § 699) serve a far constatare la mancata opposizione del debitore e a far dichiarare la eseguibilità dell'ordine di pagamento (*retro*, n. 7), un ulteriore svolgimento del processo esecutivo già iniziato mediante lo *Zahlungsbefehl* (58).

---

(53) *Ib.*, pag. 141. Lo stesso P. riconosce però (pag. 148) che queste considerazioni non si possono interamente applicare a quelle forme di procedimento che noi chiamiamo qui monitorio documentale: le quali devono essere considerate, a suo avviso, come forme *miste*, che hanno carattere intermedio tra il processo di cognizione e quello di esecuzione.

(54) *Das Mahnverfahren*, cit.

(55) Op. cit., cap. III, specialmente pagg. 39-40.

(56) Cfr. WETZELL, *System*, pag. 985; RENAUD, *Lehrbuch*, pag. 466 e segg.

(57) Op. cit., pag. 117, e nota 39; cfr. anche pag. 2.

(58) Op. cit., pag. 122.

18. — Senza approfondire gli argomenti di indole storica portati dallo SKEDL, i quali svierebbero questa trattazione dall'intento prettamente dogmatico che essa si propone (59) (ho però la impressione che sull'origine e sullo svolgimento storico del processo monitorio l'ultima parola non sia stata ancora detta!), e senza tener conto, come devono fare per forza i processualisti tedeschi, delle difficoltà di costruzione sistematica che derivano, nel diritto germanico attuale, da quella inutile complicazione del procedimento monitorio che è il *Vollstreckungsbefehl* del § 699 *CPO*, io penso che la suesposta tesi della natura esecutiva del procedimento monitorio non potrebb'essere in alcun modo sostenuta nel diritto italiano senza urtare irrimediabilmente contro la disposizione fondamentale dell'art. 553 Cod. proc. civ. Questa disposizione, dalla quale siamo partiti in questo nostro studio (*retro*, n. 1), pone in modo netto, in modo sto per dire plastico, il segno divisorio tra il processo di cognizione e il processo di esecuzione. Se noi consideriamo, come già si è fatto, il processo di cognizione nella sua funzione di *preparazione del titolo esecutivo* (*retro*, n. 2), la nascita del titolo esecutivo ci appare come l'evento caratteristico che indica il punto di contatto e insieme di distacco tra le due fasi del processo: tutta quella porzione del procedimento che sta al di qua del titolo esecutivo, che ne è preparazione e perfezionamento, è cognizione; tutta quella porzione che sta al di là del titolo esecutivo, che ne è svolgimento e conseguenza, è esecuzione.

Se questo è esatto, la natura del procedimento monitorio, che ha lo scopo « di provvedere un titolo esecutivo pronto e poco dispendioso » (60), resta da sé chiaramente definita: esso non serve a far valere contro il debitore un titolo esecutivo già esistente, ma serve a creare in modo rapido ed economico contro il debitore un titolo esecutivo che non esiste ancora (61); dunque è un procedimento di cognizione, non di esecuzione. Il procedimento monitorio, come già limitazioni di valore dalla *Proposta* CHIOVENDA (artt. 197-204) (62), non mira a dare al creditore qualcosa di diverso e di più efficace di quello che anche il processo di cognizione ordinario potrebbe dargli, ma a

---

(59) Giustamente avverte il CHIOVENDA, a proposito di un istituto analogo (*La condanna con riserva* cit., V, pag. 624), che in questa materia i richiami storici devono esser fatti con gran discernimento. Cfr. però una esauriente confutazione, dal punto di vista storico-dogmatico, della tesi dello SKEDL, in POLLAK, *Über die systematische Stellung des Mahnverfahrens*, pag. 126 e segg. In questo senso anche WEISMANN, *Lehrbuch*, I, § 121, III, e SCHULTZENSTEIN, recensione di SKEDL in *Zeitschr. für d. d. civ. Pr.*, XVI, pag. 560 e segg.

(60) Relazione MORTARA al disegno 16 luglio 1919, cit., pag. 2.

(61) Cfr. POLLAK, *Über system. Stellung* ecc., cit., pag. 131.

(62) *Rassegna*, cit., n. 6.

dargli lo stesso resultato con minor spreco di tempo e di denaro: esso arriva più presto, ma si ferma, in relazione all'esecuzione, nello stesso punto in cui si ferma il processo di cognizione ordinario. Il creditore, mediante il processo monitorio, riesce a ottenere con celerità quel titolo esecutivo, che la cognizione ordinaria gli darebbe soltanto dopo molto indugio; ma, una volta che egli sia riuscito ad ottener rapidamente nel processo monitorio il titolo per passare alla esecuzione, egli si trova, di fronte alla esecuzione, nella stessa condizione in cui si troverebbe se il suo credito fosse stato accertato da una sentenza di condanna. L'ordine di pagamento, la « ingiunzione » del R.D. 24 luglio 1922, non è, verso la esecuzione, un passo più avanti di quanto sia la sentenza di condanna; essa serve di fondamento alla esecuzione, essa è il mezzo, di cui finora il creditore era sprovvisto, per aprire la esecuzione, essa è insomma, titolo esecutivo (63), ma non è ancora inizio di esecuzione. Dire che la ingiunzione fa già parte della esecuzione, è come dire che è già entrato in casa colui che ancora va in cerca della chiave per aprirne la porta!

Vero è che anche in Italia la dottrina, in quei pochi cenni che essa prima del CHIOVENDA ha dedicato al procedimento monitorio, ne ha trattato incidentalmente in tema di esecuzione (64), e che nel disegno ORLANDO il procedimento per ingiunzione era disciplinato sotto il Titolo II, *Disposizioni sull'esecuzione forzata*; ma ciò deriva dal fatto che la utilità pratica del processo monitorio si rivela appunto, come sappiamo, in relazione alla esecuzione, senza che per questo venga a cessare il suo carattere di processo di cognizione abbreviato (cfr. n. 2 in fine) (65). Questo carattere è, del resto, confermato, se pur vi è ancora bisogno di altre riprove, dalle stesse disposizioni del nostro diritto positivo, le quali assimilano la ingiunzione, divenuta esecutiva

---

(63) Cfr. MORTARA, *Commentario*, V, pag. 29; DE PALO, *Titolo esecutivo*, pag. 204; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 248.

(64) MORTARA, *Commentario*, V, nn. 13-14; DE PALO, *Titolo esecutivo*, pagg. 32-33. [Il MORTARA, ora, nella 4ª ed. del *Comm.*, vol. V, n. 558, definisce il proc. monitorio come un « procedimento di *cognizione abbreviato* o sommarissimo »].

(65) [Nelle proposte di riforma *Per il nuovo Codice della procedura civile*, pubblicate dal MORTARA in *Giur. it.*, 1923, IV, pag. 136 e segg., e poi in volume, il procedimento per ingiunzione trovasi invece compreso nel Libro I (*Il procedimento in primo grado di cognizione*) sotto il Tit. VII « *Il procedimento abbreviato ossia per ingiunzione* », in corrispondenza colla sua natura di « procedimento accelerato, che integra quello ordinario, per supplire a tutte le esigenze della rapidità e dell'urgenza » (ivi, pag. 158 e pag. 191); così nel progetto CARNELUTTI gli artt. 309-323 sulla « condanna per decreto » sono posti nel Libro II dedicato al pr. di cognizione.]

per mancanza di opposizione nel termine, a una sentenza spedita in forma esecutiva (Cod. proc. civ., art. 379; decr. 24 luglio 1922, artt. 6 e 12) e ripetutamente danno a vedere, in modo indiretto ma eloquente, che il legislatore ha considerato la esecuzione forzata come una fase processuale che si inizia non *col* procedimento monitorio, ma *dopo* il procedimento monitorio, quand'esso ha ormai raggiunto il suo scopo nella creazione di un titolo esecutivo (cfr. per es. gli artt. 6 e 10 del decr. 24 luglio 1922) (66). Né sarebbe serio argomentare la natura esecutiva del procedimento monitorio da quelle disposizioni che eliminano, quando si procede alla esecuzione mobiliare in base a ingiunzione, la formalità della notificazione del precetto (T.U. 14 aprile 1910, art. 5; decr. 24 luglio 1922, art. 6) e attribuiscono così alla ingiunzione quella funzione di preavviso che il precetto ha normalmente nella esecuzione forzata: chi così argomentasse dimenticherebbe, per non dire altro (67), che vi son già nel nostro diritto casi (art. 565 Cod. proc. civ.), in cui la formalità del precetto può essere lasciata da parte anche quando si procede esecutivamente in base a sentenza; né è mai venuto in mente ad alcuno di sostenere che in questi casi, in cui la sentenza ha *anche* la funzione del precetto, si possa considerare come procedimento esecutivo quel processo di cognizione in cui essa è stata pronunciata! (68).

19. — Noi crediamo dunque che il procedimento monitorio si debba considerare come una *forma speciale di processo di cognizione abbreviato* (69).

Senonché qui occorre prevedere una obiezione, già incidentalmente

---

(66) Cfr. anche l'art. 2 del T.U. 14 aprile 1910 e le osservazioni su di esso nella mia citata *Rassegna*, n. 10. Anche nella legislazione tedesca l'ordine di pagamento contiene l'invito al debitore di pagare nel termine, « per evitare la esecuzione » (« *bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung* »), il che significa, dunque, che il procedimento monitorio non è ancora inizio di esecuzione!

(67) Su questo punto, ampiamente, la mia citata *Rassegna*, n. 9.

(68) Un altro argomento contro la pretesa natura esecutiva del proc. monitorio si può desumere da una osservazione, che già abbiamo avuto occasione di fare (*retro*, n. 5): che, in teoria, niente vieterebbe di utilizzare il proc. mon. anche per le azioni costitutive e per quelle di mero accertamento, cioè per ottenere dei provvedimenti che non sono suscettibili di esecuzione!

(69) DRECHSEL, *Über den Begriff des ausserordentlichen Verfahrens*, pag. 208, chiama il procedimento monitorio « *eine ausserordentliche Prozessart des Erkenntnisverfahrens* »; HELLWIG, in *System*, II, intitola il libro (*VI. Buch*) in cui tratta anche del procedimento monitorio « *Die besonderen Prozessarten (im Entscheidungsverfahren)* ». [Conforme, ora, SEGNI, *L'opposizione*, cit., n. 10, pag. 368; CRISTOFOLINI, in nota a sentenza del Tr. di Padova, 27 ottobre 1923, in *Riv. dir. pr.*, I, 2, pag. 70].

accennata (*retro*, n. 16), che si presenta naturale contro una definizione siffatta: come è possibile considerare il processo monitorio come una forma (sia pure abbreviata e semplificata) di processo *di cognizione*, se è carattere tipico di questo istituto (pel quale già nel diritto comune si parlava di « *praeceptum executivum sine causae cognitione* ») la mancanza di ogni cognizione sul fondamento della domanda? (70).

Contro questa obiezione non varrebbe replicare che il procedimento, iniziatosi *sine causae cognitione* su domanda del creditore, può sempre dar luogo ad un processo ordinario di cognizione in seguito alla opposizione del debitore: giacché da questo successivo ed eventuale innestarsi di una vera e propria fase di cognizione nel processo monitorio non deriverebbe la necessità logica di riconoscere al procedimento monitorio il carattere di processo di cognizione fino dal suo inizio, come non perde il suo carattere iniziale il comune processo esecutivo solo perché anche nel corso di esso può incunearsi, in seguito alla opposizione del debitore contro la esecuzione, un vero e proprio giudizio di cognizione. Lasciando dunque da parte il caso, possibile ma non essenziale in ogni processo monitorio, che il debitore si valga del suo diritto di provocare il contraddittorio e con esso la cognizione completa, noi dobbiamo domandarci qui se, in tutti quelli altri casi in cui, in difetto di opposizione da parte del debitore, il procedimento monitorio viene veramente a dar vita a un titolo esecutivo senza previo contraddittorio, si possa dire che in questa forma di procedimento manchi assolutamente qualsiasi stadio di cognizione.

Che una vera e propria, sia pur parziale, cognizione del merito si trovi, *fin dal momento in cui viene emessa la ingiunzione*, nel procedimento monitorio documentale, nessuno può mettere in dubbio, quando ricordi che in questa forma di procedimento il giudice non può pronunciare l'ordine di pagamento se non sia convinto, in base a prove scritte, della verità dei fatti costitutivi dell'azione (R.D. 24 luglio 1922, artt. 1 e 2) (71). Ma anche nel procedimento monitorio puro, in cui qualsiasi traccia di cognizione *del merito* manca al momento in cui la ingiunzione è rilasciata (il giudice, prima di rilasciarla, si limita a esaminare se esistano in concreto le condizioni *formali* per

---

(70) Anche il WACH, che considera il procedimento monitorio come un processo sommario *determinato*, sembra che inclini, per questa mancanza apparente di cognizione, a riconoscergli natura esecutiva: insegna infatti che questo procedimento « mira non alla decisione in base a cognizione giudiziale, ma alla esecuzione senza decisione in base a preclusione... È dunque un procedimento *esecutivo*, una utilizzazione delle forme di esecuzione per il soddisfacimento di una pretesa non ancora eseguibile, e in questo senso, non nel senso di *summaria cognitio*, un procedimento sommario ».

(71) Cfr per il *Mandatsverfahren*, POLLAK, *System*, II, pag. 666.

la emanazione del provvedimento richiesto), la questione dev'essere posta sotto un altro aspetto: non si deve, cioè, domandare se la mancanza di ogni cognizione del merito si verifichi al momento in cui l'ordine di pagamento viene emesso, ma, caso mai, se essa sussista ancora *al momento in cui questo ordine, per il decorso del termine senza opposizione, diventa esecutivo* (72). In questo secondo momento l'ordine di pagamento non si basa più soltanto, come al momento in cui è stato rilasciato, sulla semplice dichiarazione unilaterale del creditore, ma si basa altresì e soprattutto *sulla mancanza di contraddizione da parte del debitore*; ed è appunto la inerzia del debitore combinata coll'attività del creditore, il silenzio di quello di fronte all'affermazione di questo, che costituisce la base logica e giuridica dell'accertamento contenuto nella ingiunzione.

Il meccanismo del procedimento monitorio non si può chiaramente intendere se non mettendolo in relazione col *principio dispositivo*: del quale sono manifestazioni e conseguenze quelle norme processuali, diverse secondo le legislazioni ma tutte riducibili a una idea madre comune, che al silenzio e all'inerzia di una parte attribuiscono l'effetto di far considerare come veri i fatti affermati dalla parte avversaria. La semplice affermazione della verità di un fatto proveniente da una delle parti in causa non basta, se l'affermazione non è suffragata da prove, a dare al giudice la certezza che questo fatto è vero; ma se, di fronte a tale affermazione, la controparte, che avrebbe interesse a negare la esistenza di fatti ad essa sfavorevoli, non si vale del suo diritto di contraddire e non fa sorgere così la necessità di una indagine probatoria destinata a chiarire nel contrasto da quale lato stia la verità, allora in molti casi lo Stato considera senz'altro come accertati i fatti non contraddetti, non già perché la semplice affermazione unilaterale sia di per sé motivo sufficiente di certezza, ma perché è argomento indiretto di certezza (o, se si preferisce dir così, argomento per non indagare se i fatti siano veri o no) la *mancanza* di reazione contro l'affermazione (73).

---

(72) [Cfr. IV, n. 4 in fine.]

(73) Bülow, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahreiten*, in *Arch. für civ. Pr.*, LXII, pag. 1 e segg., specialmente pagg. 27-34 (« *Die Fiktion des gerichtlichen Geständniss* »); e, con diversa giustificazione teorica, *Das Geständnissrecht* (Freiburg, 1899), pag. 223 e segg., ove espressamente riavvicina gli effetti del proc. monitorio a quelli della confessione (pag. 232). Cfr. Kohler, *Zivilprozess-und Konkursrecht* (in *Enz. d. Rechtswiss*, 7ª ed., vol. III), pag. 301, che parla in questo caso di un *principio della congruenza o della coincidenza delle dichiarazioni*, secondo il quale « le deduzioni di fatto di una parte devono sempre ricevere risposta dall'altra parte, poiché altrimenti l'attacco rimane senza difesa e i fatti si considerano come accertati di fronte all'avversario ».

In questi casi, se l'avversario di colui che afferma la verità dei fatti non si vale, nel termine stabilito dalla legge, del suo diritto di contraddire, si verifica a suo carico una preclusione, in conseguenza della quale i fatti si hanno per ammessi: con ciò non si dice che il convenuto abbia di fronte alle affermazioni dell'attore un *dovere di rispondere*, un *dovere di dichiararsi* (*Erklärungspflicht*) come a qualche giurista tedesco è piaciuto di sostenere; si dice soltanto che il convenuto (e lo stesso varrebbe per l'attore di fronte ai fatti affermati in replica dal convenuto), non valendosi a tempo del suo diritto di contraddire, subisce le conseguenze della sua inattività (74).

Di un simile accertamento di fatti ottenuto indirettamente in seguito a mancanza di tempestiva contraddizione, si ha qualche esempio anche nel nostro diritto: basti citare la *ficta confessio* dell'art. 218 Cod. proc. civ. (75). Ma lo stesso principio ha applicazioni assai più vaste in quelle legislazioni nelle quali vige la regola che la contumacia del convenuto importa ammissione dei fatti dedotti dall'attore (76), o che, anche nel processo in contraddittorio, i fatti affermati da una parte si hanno per ammessi se non sono espressamente contestati dalla parte avversaria (77).

Orbene, io ritengo che di questo medesimo principio si possa considerare come una applicazione più completa e più perfetta il procedimento monitorio: la cui struttura processuale è congegnata in modo da trarre il massimo rendimento del sistema, del quale nel processo ordinario si ha solo qualche manifestazione sporadica, dell'accertamento indiretto dei fatti in forza di mancata contraddizione. Quello che nel processo di cognizione ordinario è la eccezione, diventa la regola nel processo monitorio, il quale è costruito non solo in modo da favorire, ma addirittura in modo da provocare la inerzia del convenuto e la conseguente preclusione con effetti formalmente probatorî (78): onde possono essere appropriate al procedimento monitorio le parole che il Bülow (79) adopra per spiegare il fondamento della cosiddetta *ficta confessio*: « Qui al posto del requisito della bilateralità subentra la possibilità di arrivare alla mèta del processo mediante una attività unilaterale; al posto di un principio di cooperazione e di

---

(74) Cfr. Schmidt, *Lehrburch*, 1ª ed., § 79, II.

(75) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pagg. 749-750.

(76) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 758.

(77) Cfr. *CPO* germ., § 138 sul quale Stein, *Grundriss*, § 12, III (pag. 31); cfr. *CPO* austr., § 267.

(78) Efficacemente dice lo Schmidt, *Lehrbuch*, § 93, che nel procedimento monitorio il creditore *specula* in anticipo sulla inattività del debitore.

(79) *Civilpr. Fikt.*, cit., pag. 34.

un *dovere di cooperazione* subentra un principio di difesa e un *diritto di difesa* ».

Se tutto ciò è esatto, mi par chiaro che anche il processo monitorio puro mira non soltanto a preparare un titolo esecutivo, ma altresì a dar vita a un vero e proprio accertamento giurisdizionale (80): al momento in cui il giudice, sulla semplice richiesta del creditore, rilascia l'ordine di pagamento che, decorso il termine, diventerà un titolo esecutivo, non rilascia quest'ordine perché creda alla verità dei fatti affermati dal richiedente, ma perché presuppone che il debitore non contraddirà nel termine di legge a queste affermazioni, le quali acquisteranno così, in virtù della preclusione, quella forza probatoria che di per sé stesse non hanno. L'ordine di pagamento che il giudice emette ha, come sappiamo, carattere condizionato e ipotetico: esso non si basa sulla prova fornita dal creditore al momento in cui chiede la ingiunzione (la qual prova può anche mancare del tutto, come avviene nel procedimento monitorio puro), ma sulla preclusione (che potrà verificarsi in seguito, ma che il giudice presuppone come già verificata) consistente nella mancanza di tempestiva contraddizione alle affermazioni del creditore: onde, poiché al momento in cui l'ordine di pagamento acquista efficacia esecutiva per il decorso del termine senza opposizione, tale preclusione non è più soltanto presupposta, ma è ormai verificata, l'ordine di pagamento contiene un vero e proprio accertamento, non diverso da quello su cui si basa nella legislazione germanica la sentenza che ritiene veri, in contumacia del convenuto, i fatti affermati dall'attore (81), e nel nostro diritto la sentenza che ritiene veri i fatti dedotti nell'interrogatorio per mancata comparizione dell'interrogando.

Dalle cose dette finora mi pare che si possa desumere che il procedimento monitorio rientra, anche quando il debitore non fa opposizione, tra i veri e proprî processi di cognizione: non già nel senso che il giudice si convinca della esistenza del credito attraverso la libera valutazione del materiale probatorio sottoposto al suo esame, ma nel senso che il giudice, al momento in cui rilascia l'ordine di pagamento, suppone in anticipo come già verificata quella preclusione del diritto di contraddire, che la legge considera come mezzo formale indiretto per fissare la verità dei fatti non contraddetti; è noto, infatti, che giudizio di cognizione, nella comune terminologia processuale, non è soltanto quello in cui il giudice decide in base al suo libero convin-

---

(80) Cfr. su questo punto la citata mia *Rassegna*, n. 1; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 212; SCHMIDT, pag. 608 nota 2; KOHLER, *Zivilpr.*, pag. 393.

(81) Cfr. DRECHSEL, scritto cit., pag. 420.

cimento (cognizione in senso proprio), ma anche quello in cui all'accertamento si giunge attraverso prove legali o attraverso preclusioni, come sarebbe la *ficta confessio*.

Una vera e propria cognizione anche nel primo senso si ha poi, in modo evidentissimo, nel procedimento monitorio documentale, dove l'accertamento contenuto nella ingiunzione si basa non solo sull'elemento negativo della non contraddizione da parte del convenuto, ma altresì sull'elemento positivo della prova scritta fornita dall'attore; qui non opera tanto il principio di preclusione, quanto il principio fondamentale della ripartizione dell'onere della prova: talché si intende come, mentre nel procedimento monitorio puro la semplice opposizione del debitore basta a impedire che si operi la preclusione e quindi a togliere ogni efficacia alla ingiunzione, nel procedimento monitorio documentale la efficacia della ingiunzione, basata fin dall'inizio sulla prova data dall'attore, non possa venir meno fino a quando nel giudizio di opposizione il convenuto non abbia a sua volta dato la prova delle sue eccezioni. La preclusione che si opera nei due tipi di procedimento monitorio ha dunque contenuto un po' diverso: nel procedimento monitorio puro i fatti affermati dall'attore si hanno come veri, semplicemente perché il convenuto non si è valso tempestivamente del suo diritto di contraddirli; nel processo monitorio documentale i fatti affermati dall'attore si hanno come veri perché il convenuto non ha tempestivamente dichiarato di volere fornire al giudice prove idonee a dimostrare la inesistenza del diritto di cui l'attore ha già da parte sua provato i fatti costitutivi (82).

20. — Le considerazioni svolte finora ci dimostrano come il procedimento monitorio abbia moltissimi punti di contatto, anzi addirittura di identità, col processo contumaciale.

Il riavvicinamento tra questi due istituti non è solamente dottrinario, ma altresì pratico; non si è mai parlato in questi ultimi anni dei vantaggi pratici che avrebbe arrecato l'introdurre anche in Italia il procedimento monitorio, senza ricordare come primo tra essi la automatica eliminazione del contraddittorio in tutti quei casi che nel procedimento ordinario darebbero probabilmente luogo a sentenze contumaciali (83): cosicché il procedimento monitorio si potrebbe con-

---

(82) Cfr. MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 94: « La ricognizione già fatta dal giudice *inaudita parte* del buon fondamento della pretesa esposta nel ricorso, ottiene conferma implicita per il silenzio dell'obbligato, il quale fu messo in mora a manifestare in un termine la volontà di opporsi ».

(83) Cfr. relazione al disegno ORLANDO, 24 maggio 1909, pag. 13; relazione al disegno MORTARA, 16 giugno 1919, pag. 2 (« ... La notevole percentuale di con-

siderare, dal punto di vista della politica giudiziaria, come un mezzo economico per risparmiare l'inutile dispendio di solennità formali che nel procedimento ordinario può derivare dalla contumacia del convenuto.

Ma il processo monitorio non è soltanto, sotto l'aspetto politico, un mezzo per ridurre al minimo nei processi ordinarî il fenomeno della contumacia: esso è anche, sotto l'aspetto giuridico, una forma processuale che ha grandissima somiglianza di struttura col processo contumaciale, come appare dal fatto che, indipendentemente dai ravvicinamenti fatti dalla dottrina (84), le stesse legislazioni espressamente richiamano per il procedimento monitorio disposizioni relative al processo contumaciale (85).

Per essere naturalmente indotti a ravvicinare tra loro il processo contumaciale e il processo monitorio basta considerare il carattere più appariscente della loro struttura, che consiste in ambedue nella mancanza del contraddittorio. Può sembrare tuttavia, per chi si fermi empiricamente alla forma esteriore di questi due procedimenti, che essi differiscano per la diversa collocazione della pronuncia del giudice in relazione al momento in cui si verifica la mancanza del contraddittorio: mentre nel processo contumaciale la decisione è una conseguenza della già constatata mancanza di contraddittorio (contumacia), nel procedimento monitorio la pronuncia del giudice (ingiunzione) precede l'effettivo verificarsi di tale mancanza, che è, anziché constatata, semplicemente possibile. Senonché questa differenza è più formale che sostanziale: poiché nel processo monitorio la ingiunzione, quantunque apparentemente preceda la constatazione della mancanza del contraddittorio, in realtà è emessa *nella presupposizione* che il con-

---

danne a pagamento pronunciate in contumacia attesta la utilità della nuova forma processuale »); relazione al dis. 25 marzo 1922 del min. Rossi, pag. 3 (L'istituto « produrrebbe una notevole diminuzione di lavoro specialmente per i tribunali, perché verrebbe ad essere eliminata buona parte dei giudizî che ora si svolgono in contumacia »); relazione Meda, 5 maggio 1922 (sess. 1922, doc. 1441, A), pag. 2, ecc.

(84) Un parallelo interessante tra il processo contumaciale e il procedimento monitorio trovasi in Drechsel, scritto cit., pagg. 413-429; cfr. anche Goldenring, scritto cit., pagg. 455, 456, 472; Schmidt, *Lehrbuch*, § 95, I (pagg. 600-601); Gaupp-Stein, *Komm.* (11ª ed.), § 688, *Vorbem.* I. Cfr. anche Mortara, *Appendice*, cit., pag. 94.

(85) Il § 700 *CPO* germ. stabilisce che « l'ordine di esecuzione equivale a una sentenza definitiva contumaciale dichiarata provvisoriamente eseguibile »; l'ordine di esecuzione è impugnabile mediante lo stesso rimedio (*Einspruch*) con cui in generale sono impugnabili le sentenze contumaciali (§ 700: cfr. §§ 338 e seguenti). Anche nel nostro decr. 24 luglio 1922 la opposizione fuori termine (art. 11) ha molti punti di contatto colla opposizione contumaciale.

venuto non faccia opposizione, ossia nella presupposizione che il procedimento si esaurisca senza dar luogo a contraddittorio. Se, pertanto, al momento in cui il giudice emette l'ordine di pagamento, è ancora incerto se la opposizione tempestiva del convenuto toglierà al procedimento quel carattere di unilateralità con cui esso si è iniziato, la incertezza non esiste più (salvo il caso della opposizione contumaciale) al momento in cui l'ordine di pagamento diventa, in seguito al decorso del termine, esecutivo: nel processo contumaciale la sentenza è pronunciata quando la contumacia è già sicura; nel processo monitorio l'ingiunzione, pronunciata in anticipo, non acquista forza esecutiva se non quando è già sicura la mancanza di opposizione da parte del debitore (86).

Questo ravvicinamento tra procedimento monitorio e procedimento contumaciale, fondamentalmente esatto (87), trova poi maggiore o minore coincidenza di dettagli, secondoché si tratti di procedimento monitorio puro o di procedimento monitorio documentale, e secondo la diversa struttura che il procedimento contumaciale assume nelle diverse legislazioni. Il procedimento monitorio puro, del quale abbiamo nel nostro diritto un esempio cospicuo nell'ordinamento libico, corrisponde al sistema adottato per il processo contumaciale dalle legislazioni processuali austriaca e germanica: come in queste legislazioni la contumacia del convenuto fa considerare come ammessi, senza bisogno di prova, i fatti semplicemente affermati dall'attore, così nel processo monitorio puro la mancanza di tempestiva opposizione del debitore fa considerare come ammessi i fatti semplicemente affermati, ma non provati, dal creditore. Invece il procedimento monitorio documentale, di cui anche noi abbiamo ora un'applicazione nel R.D. 24 luglio 1922, corrisponde alle regole, che, in materia di effetti della contumacia del convenuto, vigono nel diritto francese e in quello italiano: come nel processo contumaciale italiano e francese la contumacia del convenuto non dispensa l'attore dal provare i fatti costitutivi del suo diritto (88), così nel processo monitorio documentale

---

(86) Secondo il MENGER, *System*, I, pag. 284 e segg., tutti quei casi in cui il giudice perviene ad accertare circostanze di fatto (relative al rapporto sostanziale o al rapporto processuale) per la semplice affermazione di una parte non contraddetta dall'avversario, si possono raggruppare sotto il concetto di *contumacia anticipata* (« *das anticipative Contumacialsystem* in contrapposto al *declarativen Contumacials*., che ammette la contumacia solo quand'essa è già provata).

(87) [Cfr., ora, anche MORTARA, *Comm.*, 4ª ed., vol. V, n. 566, pag. 572 il quale autorevolmente insegna: « La vera figura del procedimento per ingiunzione, secondo me, è quella di un processo in contumacia di struttura speciale, garantito dal rimedio della opposizione. La contumacia, per così dire, è presupposta »].

(88) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 758.

la ingiunzione non può essere emanata, sia pur nella presupposizione che il debitore non faccia opposizione, se il creditore non dà la prova (e qui, per di più, deve trattarsi di prova scritta!) dei fatti costitutivi del suo credito.

21. — A parte le differenze formali di dettaglio, che potranno essere messe in luce in una ulteriore trattazione esegetica, certo è, dunque, che le affinità tra il procedimento monitorio e il procedimento contumaciale sono più profonde e più sostanziali di quanto potrebbe a prima vista apparire: il procedimento monitorio, infatti, si potrebbe considerare sotto certi punti di vista come un mezzo preordinato a *provocar la contumacia* del debitore, allo scopo di permettere quel rapido accertamento mediante preclusione che è effetto, in misura diversa secondo le diverse legislazioni, della contumacia stessa. Questa intima affinità tra il procedimento monitorio e il procedimento contumaciale è basata soprattutto sul carattere condizionale che ha nel processo monitorio l'ordine di pagamento durante il termine per l'opposizione: la ingiunzione, come espressamente riconoscono quelle legislazioni che la *designano come « ein bedingter Zahlungsbefehl »* (*CPO* germ. § 688; l. austr. 27 aprile 1873, § 1), è pronunciata sotto la condizione (sospensiva negativa: *nisi se opponat*, come si diceva nel diritto comune) (89) che il debitore non faccia opposizione nel termine; talché possiamo dire che la ingiunzione, emessa sotto la condizione che non si verifichi nel termine la opposizione del convenuto, *ha, al momento in cui viene emessa, la natura di una sentenza contumaciale sospensivamente condizionata* (90), nel senso che la efficacia esecutiva della ingiunzione resta sospesa finché non sia certo che con lo spirare del termine si è verificata la condizione della mancanza di opposizione tempestiva da parte del debitore.

Sulla natura condizionale della ingiunzione non mi pare dunque che possa nascere dubbio (91): né credo che gli argomenti portati in contrario dal KOHLER (92), desunti dal fatto che nel processo germanico lo *Zahlungsbefehl* non acquista efficacia esecutiva senza una nuova pronuncia del giudice (*Vollstreckungsbefehl*), possano avere alcun peso nel nostro diritto, ove l'ordine di pagamento acquista piena efficacia esecutiva per il solo verificarsi della condizione (decr. 24 luglio 1922, art. 6). Solamente osservo che, in relazione alla natura condizionale

---

(89) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 211 nota 1.

(90) Cfr. la nota 96.

(91) Cfr. VASSALLI, *La sentenza condizionale*, n. 29 (pagg. 76-77). [SEGNI, *L'opposizione*, cit., n. 16 lett. *b*].

(92) *Prozessrechtliche Forschungen*, pag. 131.

della ingiunzione, l'effetto della opposizione interposta nel termine dal debitore è diverso secondoché si tratti di procedimento monitorio puro o di procedimento monitorio documentale: nel primo caso, per il solo fatto della opposizione interposta nel termine, la condizione è senz'altro *mancata*, e la ingiunzione perde ormai per sempre la possibilità di diventare esecutiva; nel secondo caso, poiché la tempestiva interposizione della opposizione non toglie alla ingiunzione la possibilità di diventar in seguito esecutiva, ma ha semplicemente l'effetto di protrarre, fino alla pronuncia della sentenza che deciderà sulla opposizione, lo stato di pendenza della condizione (93), questa non può dirsi mancata finché l'opposizione interposta nel termine non sia stata rigettata dal giudice. Nel procedimento monitorio puro la ingiunzione è emessa dunque sotto la condizione: « se il debitore non faccia opposizione nel termine »; nel procedimento monitorio documentale la ingiunzione è emessa sotto la condizione alternativa: « se il debitore non faccia opposizione nel termine o se, ov'egli faccia opposizione nel termine, il giudice non la accolga » (94).

22. — *c*) Da quanto siamo venuti dicendo nel corso di queste ricerche, resulta dunque che il procedimento monitorio è un tipo speciale di procedimento che, con forme semplificate ed abbreviate, mira a raggiungere lo stesso scopo del processo ordinario di condanna (accertamento e contemporanea creazione di un titolo esecutivo). Senonché qui si presenta, per completare il profilo generale di questo procedimento, un'ultima questione: il carattere distintivo del procedimento monitorio, messo a confronto coll'ordinario processo di cognizione, consiste soltanto in una maggiore semplicità *di forme*, o consiste altresì in qualche cosa di più profondo, cioè in una diversità concernente, più che le sole forme processuali, la natura dell'azione che mediante esse forme si fa valere? Ossia, in altre parole, questo procedimento monitorio che la più antica dottrina classificava tra i processi sommarî *determinati* (con riduzione di cognizione: in contrapposto al processo

---

(93) Cfr. l'art. 12 del r. decr. 24 luglio 1922, secondo il quale l'opposizione (interposta nel termine) « sospende la efficacia esecutiva della ingiunzione »; più esattamente si sarebbe dovuto dire che questa opposizione « prolunga fino all'esito del giudizio sulla opposizione la sospensione della efficacia esecutiva della ingiunzione ».

(94) Il r. decr. 24 luglio 1922, art. 11, ammette anche una opposizione fuori termine contro la ingiunzione che ha già acquistato efficacia esecutiva in conseguenza della mancanza di opposizione nel termine. In seguito a tale opposizione, la ingiunzione viene ad essere sottoposta a condizione risolutiva (« se l'opposizione sarà accolta »), come se si trattasse di una sentenza contumaciale *dichiarata provvisoriamente esecutiva* (cfr. *CPO* germ., § 700; e MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 94).

sommario *indeterminato*, con semplificazione di forme) (95), è unicamente un mezzo formale più semplice per far valere la ordinaria azione di condanna, o è invece l'espressione esteriore di una speciale azione, diversa da quella ordinaria, che può denominarsi azione *sommaria*?

La questione è stata molto dibattuta, non tanto in relazione al procedimento quanto, più che altro, in relazione al procedimento documentale (*Urkundenprozess*), dalla dottrina tedesca; e mentre qualche decennio fa la maggioranza degli scrittori inclinava a scorgere in questi speciali procedimenti lo strumento formale di una speciale categoria di azioni (*summarischer Urteilsanspruch, besonderes summarisches Klagerecht*) (96), oggi sembra prevalente tra gli scrittori più recenti la opinione che questi procedimenti costituiscano soltanto un mezzo per far valere in via più semplice e più celere le azioni di condanna ordinarie (97).

Da noi la questione è stata trattata soltanto, con la consueta lucida originalità, dal CHIOVENDA, il quale, come già si accennò (*retro*, n. 7 in fine) fa rientrare l'azione che si fa valere mediante il procedimento monitorio fra le azioni cosiddette *sommarie*, miranti a un « accertamento con prevalente funzione esecutiva » (98): esaminiamo brevemente le ragioni sulle quali l'illustre processualista basa questo suo avviso.

Secondo il CHIOVENDA l'unico corretto criterio per classificare le azioni in categorie è quello desunto dalla diversa natura del provvedimento giudiziale a cui ciascuna azione mira (99). La diversità delle forme processuali, più semplici o più solenni, più caute o più sbrigative, seguite nel corso del procedimento, non ha alcuna importanza per dedurne una diversità di azione, quando sia uguale il resultato finale al quale queste due diverse forme conducono (100); se il resultato del processo è una sentenza di condanna, l'azione non cambia

---

(95) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 5; WACH, *Handbuch*, pagg. 43-45; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 79.

(96) Cfr. WACH, *Feststellungsanspruch*, pag. 17 e in *Zeitsch. für deuts. Zivilpr.*, XXXII, 27; LANGHEINECKEN, *Urteilsanspruch*, pag. 55; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 713; STEIN, *Der Urkunden - und Wechselprozess*, § 6, pag 55 e seg.; e GAUPP-STEIN, *Komm.* (11ª ediz.), § 592, *Vorbem.* III.

(97) HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, § 22, III; *Lehrbuch*, I, pag. 146 nota 9; *System*, II (1912), § 242, Zusatz zu Nr. 3, 4; GOLDSCHMIDT, *Zwei Beiträge*, 43 Ann. 2; SCHULER, *Der Urteilsanspruch* (Tübingen, 1921), pagg. 63-64; SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts* (Stuttgart, 1919), pag. 526.

(98) *Principii*, pag. 58 e pag. 201. [Cfr. ora, in questo senso, SEGNI, *L'opposizione*, cit., n. 11, sul quale oltre, IV, n. 5].

(99) *Ibidem*, pag. 58.

(100) Cfr. HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, pag. 151.

natura per il fatto ch'essa sia fatta valere dinanzi a un pretore, colle speciali forme semplificate stabilite dalla legge per questo procedimento, o innanzi a un tribunale attraverso forme più complicate; non cambia neppure se, dinanzi al tribunale, si segua il rito sommario o si preferisca ad esso la veneranda lungaggine del rito formale. Né induce diversità di azione la diversità dei mezzi probatorî attraverso ai quali il giudice perviene al suo accertamento; l'azione resta la stessa tanto se la condanna è basata su prove liberamente valutate, quanto se è basata su prove legali: tanto se il giudice ha avuto modo di vagliare in contraddittorio gli elementi forniti da ambedue le parti, quanto se egli è giunto a porre a base della sua pronunzia certe circostanze di fatto per effetto di una preclusione. Chi potrebbe seriamente sostenere che l'azione di condanna cambia natura sol perché il convenuto non compare e la sentenza, alla quale il processo dà luogo, è una sentenza contumaciale? Chi potrebbe sostenere che l'azione è diversa secondoché si basi su un credito civile o su un credito commerciale, sol perché in questo secondo caso le parti possono valersi di mezzi di prova non consentiti nel primo?

Ciò premesso è chiaro che, per poter giungere ad affermare che il procedimento monitorio è la manifestazione esteriore di un'azione diversa dall'ordinaria, bisognerà dimostrare che il provvedimento giudiziale (*oggetto immediato* dell'azione), al quale il procedimento monitorio tende, differisce per natura e per effetti dal provvedimento a cui conduce il processo di condanna ordinario: in che cosa consisterebbe, dunque, la diversità di *oggetto immediato* tra la ordinaria azione di condanna e la speciale azione sommaria che, secondo la opinione del Chiovenda, si fa valere mediante il procedimento monitorio? Tale diversità di oggetto immediato, idonea a produrre diversità di azione, non potrebbe certo vedersi nella diversità delle forme processuali proprie rispettivamente del processo ordinario e del processo monitorio, perché, come sopra si è visto, la diversità delle forme seguite nel corso del procedimento non importa come conseguenza necessaria la diversità del provvedimento giudiziale che ne deriva; né, per le stesse ragioni, questa diversità potrebbe consistere nel fatto che l'accertamento derivante dal procedimento monitorio si basi, anziché su una vera cognizione in senso proprio, su una preclusione.

La diversità tra i provvedimenti ai quali dà vita il procedimento monitorio e le sentenze ordinarie di condanna si può cogliere, secondo il Chiovenda, non già nel momento in cui questi provvedimenti (ordini di pagamento) divengono esecutivi per il decorso del termine, ma nel momento in cui sono emanati: essi, infatti, « non contengono, come la sentenza di condanna, l'affermazione del diritto alla prestazione: e perciò, *nel momento in cui si emanano*, essi hanno condizioni speciali,

diverse da quelle della sentenza di condanna... Nel momento invece in cui si mandano ad esecuzione, questi provvedimenti debbono essere divenuti definitivi, e presentano allora effetti analoghi alla sentenza ordinaria di condanna, anziché alle sentenze di condanna eccezionale » (101).

Senonché, pur con tutto l'ossequio agli insegnamenti del CHIOVENDA, io penso che se si vuol fare un raffronto tra la sentenza di condanna e l'ordine di pagamento, allo scopo di indurre, dalla loro eventuale diversità di effetti, la diversità dell'azione di cui questi due provvedimenti sono rispettivamente il resultato, bisogna considerare l'ordine di pagamento non già al momento in cui esso è emanato (ché nessuna efficacia immediata gli è trasfusa dalla semplice emanazione), ma al momento in cui per il verificarsi della condizione esso può cominciare a spiegare i suoi effetti caratteristici, simili in tutto a quelli di una sentenza di condanna. L'ordine di pagamento, quando è emanato, non è un provvedimento giurisdizionale, ma soltanto una possibilità di provvedimento; il giudice, in esso, accerta e comanda, ma in via meramente ipotetica: non soltanto differendo nel tempo gli effetti di questo accertamento e di questo comando, ma subordinando il prodursi di questi effetti al verificarsi di un evento incerto e futuro che non dipende da lui. La successione logica secondo la quale si svolge il procedimento contumaciale ordinario vuole che prima si produca la preclusione e poi, in base ad essa, la pronuncia del giudice: nel procedimento monitorio questa successione naturale è invertita, nel senso che il giudice emana la condanna prima che si produca la preclusione. Ma questa inversione è meramente apparente: perché nel periodo che va dall'emanazione dell'ordine all'effettivo verificarsi della preclusione, quest'ordine non ha nessuna efficacia, neppure provvisoria, neppur (risolutivamente) condizionata: la efficacia è conseguenza soltanto del decorso del termine. La situazione è dunque sostanzialmente identica a quella del processo ordinario: l'ordine di pagamento è emanato formalmente prima della preclusione, ma in realtà solamente dopo avvenuta la preclusione esso comincia a far sentire praticamente i suoi effetti. Un fenomeno in parte analogo si verifica nel moderno processo germanico, quando viene pronunciata una sentenza che ammette il giuramento e determina in anticipo le conseguenze che deriveranno dalla prestazione del medesimo (102): la parte alla quale il giuramento vien deferito è fin d'ora sospensivamente condannata se e per quando si rifiuti di giurare; allo stesso

(101) *Principii*, pag. 201.

(102) *CPO* germ., §§ 460 e seguenti: cfr. STEIN, *Grundriss*, § 65, II, 1; VASSALLI, *La sentenza condizionale*, cit., n. 25.

modo nel procedimento monitorio il debitore viene condannato in anticipo, se e per quando egli non faccia valere tempestivamente il suo diritto di opposizione. Ma se si ritiene che il procedimento monitorio sia espressione di una speciale azione sommaria solo perché si verifica in esso questa anticipazione di pronuncia, bisogna anche ritenere che un'azione speciale, diversa dall'ordinaria azione di condanna, si debba sempre vedere nel processo germanico ogni qual volta in un processo ordinario è pronunciata una sentenza condizionale che ammette il giuramento nella forma suddetta: il che, a quanto io mi sappia, non è stato mai dalla dottrina tedesca neppur lontanamente accennato.

La esistenza di una speciale azione sommaria, separata e distinta dalla ordinaria azione di condanna, è più facilmente sostenibile, a mio avviso, nei casi, che il CHIOVENDA sistematicamente raggruppa insieme col processo monitorio, di condanne con esecuzione provvisoria e di condanne con riserva (103), perché in tali casi viene emanato contro il condannato un provvedimento *esecutivo* quantunque non esista ancora un definitivo accertamento della volontà di legge da eseguire: sicché dal fatto che questo provvedimento esecutivo viene emanato senza che sia accertata la esistenza delle condizioni necessarie per la pronuncia di una sentenza definitiva di condanna, si può concludere che questo provvedimento ha condizioni diverse da quelle della sentenza definitiva, e che quindi esso è il risultato di una azione diversa da quella ordinaria di condanna, la quale ultima può anche non esistere al momento in cui questo provvedimento esecutivo entra provvisoriamente in vigore (104). Ma nel procedimento monitorio questo dualismo tra provvedimento esecutivo e sentenza di condanna non

---

(103) *Principii*, § 8 *bis*.

(104) Cfr. CHIOVENDA, *La condanna con riserva*, cit., pag. 634. Nel processo monitorio documentale, in cui il giudice per emanar la ingiunzione si appaga di esaminare se sono provati mediante scrittura i fatti costitutivi del diritto, riservandosi di esaminare in proseguimento di lite, ove il convenuto lo chieda, la esistenza di altri fatti opposti in via di eccezione, si potrebbe vedere un fenomeno analogo a quella separazione della cognizione in due fasi che si verifica nel vero processo documentale (art. 324 Cod. comm.); nel nostro caso la cognizione sarebbe divisa in due fasi non già nel senso che nella prima fase si esaminino solo alcune eccezioni e le altre in seguito, ma nel senso che dei varî fatti di lite si esaminano prima quelli costitutivi e poi, se il debitore fa opposizione, quelli impeditivi e estintivi. Ma questo parallelismo apparente non ha in realtà consistenza alcuna: perché nel processo monitorio documentale la ingiunzione, a differenza della condanna con riserva del processo documentale, non diventa esecutiva in base alla parziale cognizione che la precede, ma diventa tale solamente quando, come è detto nel testo, la parziale cognizione dei fatti costitutivi sia integrata dalla preclusione del diritto di far valere in via d'opposizione gli altri fatti.

esiste, in quanto non esiste alcuna diversità tra le condizioni occorrenti per la emanazione del primo e per la pronuncia dell'altra: è vero, sì, che l'ordine di pagamento è emanato quando non esiste ancora alcun accertamento del credito vantato, o quando (proc. mon. documentale) esiste soltanto l'accertamento di una parte dei fatti di lite; ma è vero altresì che l'ordine di pagamento non ha efficacia pratica prima che questo accertamento sia (mediante preclusione) compiuto (105); l'ordine di pagamento, insomma, non viene pronunciato perché il giudice ritenga che esistono nel caso concreto condizioni per la emanazione di un provvedimento *diverso* dalla sentenza di condanna, ma perché il giudice suppone che, allo scadere del termine, durante il quale l'ordine di pagamento resta allo stato di tentativo, si rileverà la esistenza delle condizioni necessarie per la pronuncia, già preparata in anticipo, di una ordinaria sentenza (contumaciale) di condanna. Vero è che il procedimento monitorio non è sempre ammissibile negli stessi limiti in cui è ammissibile l'ordinaria azione di condanna, poiché, con modalità diverse secondo le varie legislazioni, questo speciale procedimento è condizionato ora alla natura del credito fatto valere (liquidità, fungibilità), ora al valore del medesimo, ora alla esistenza di speciali mezzi di prova (documenti); ma tutte queste limitazioni non costituiscono, a mio avviso, condizioni di una speciale azione sommaria, sibbene speciali presupposti processuali proprî del procedimento monitorio, che non alterano in alcun modo la natura della ordinaria azione di condanna fatta valere per mezzo di esso (106), come non si può sostenere che l'azione di condanna fatta valere dinanzi a un pretore acquisti carattere di azione speciale, solamente perché il procedimento pretoriale è ammissibile soltanto entro determinati limiti di valore ed ha in confronto del procedimento dinanzi ai tribunali presupposti diversi, in ciò che concerne, ad esempio, il *jus postulandi.*

In conclusione, io ritengo che al procedimento monitorio non corrisponda una speciale azione sommaria più di quanto si possa scorgere una speciale azione sommaria nel processo contumaciale. Se l'ordine di pagamento emanato nel procedimento monitorio si considera come un provvedimento sostanzialmente diverso dalla sentenza di condanna, solo perché esso è basato su una preclusione, bisogna logicamente

---

(105) Di una speciale azione sommaria si potrebbe parlare, invece, se l'ordine di pagamento fosse esecutivo fin dal momento in cui è emanato, e sottoposto a condizione *risolutiva* (come avviene nelle sentenze con provvisoria esecuzione) anziché a condizione sospensiva: cfr. per un caso simile la mia citata *Rassegna*, n. 8.

(106) Così SCHÜLER, op. cit., pag. 64 nota 35; SAUER, op. cit., pagg. 232, 526, 621; contro, ma senza motivazione, SEGNI in una recensione di quest'opera, *Studi sassaresi*, II (1923), pag. 379.

scorgere questa stessa diversità anche tra la sentenza di condanna emanata in contraddittorio e quella emanata in contumacia del convenuto: se poi la diversità si fa consistere nel fatto che l'ordine di pagamento è emanato prima che la preclusione si sia verificata, allora bisogna non dimenticare che l'ordine di pagamento nasce sospensivamente condizionato e che non si può dir davvero che il diritto d'azione del creditore resti comunque sodisfatto, prima del decorso del termine dalla emanazione di quest'ordine, il quale, meglio che un provvedimento giurisdizionale qualsiasi, si può definire, finché è aperto il termine per la opposizione, un tentativo di provvedimento (107).

---

(107) Abbiamo già accennato (*retro*, n. 22, ultima) che, secondo l'art. 11 del r. decr. 24 luglio 1922, la ingiunzione sottoposta a opposizione fuori termine, può essere assimilata a una sentenza contumaciale provvisoriamente eseguibile. Da questa provvisoria eseguibilità che la ingiunzione ha *ex lege* nonostante la possibilità di una opposizione fuori termine (condizione risolutiva), si potrebbe, caso mai, argomentare la esistenza di una speciale azione sommaria simile a quella che, secondo il CHIOVENDA, sta a base delle sentenze dichiarate provvisoriamente esecutive: e allora, se si seguisse questa opinione, bisognerebbe ritenere che col processo monitorio documentale, quale l'abbiamo da noi, si fa valere una speciale azione sommaria non perché la ingiunzione venga emanata *inaudita altera parte* senza previa cognizione, ma perché decorso il termine la ingiunzione può essere eseguita nonostante opposizione fuori termine. Senonché lo stesso CHIOVENDA, *Principii*, pag. 201 e 205 nota 1, insegna che di un'azione sommaria non si può parlare nei casi in cui la esecuzione provvisoria è stabilita *ope legis*.

II. — LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ DEL PROCEDIMENTO PER INGIUNZIONE

§ 1. — Premesse introduttive.

Sommario: 1. Precedenti sull'argomento. — 2. Proposizione del tema: perché le condizioni speciali di questo procedimento rientrano tra i presupposti processuali. — 3. Partizione.

1. — Le conclusioni alle quali sono giunto nel precedente studio, mi serviranno da necessaria premessa per procedere ora alla analisi esegetica di alcune delle disposizioni colle quali il procedimento monitorio è applicato nel nostro diritto positivo: e quantunque, come già si è visto (*retro*, I, § 3), questo procedimento non abbia nella nostra legislazione una espressione unica, ma attraverso manifestazioni legislative sporadiche e frammentarie, anteriori alla recente introduzione di esso come istituto generale, viva da noi già da molti anni in forme eterogenee limitatamente a speciali materie o a speciali territorî, questa mia trattazione sarà dedicata prevalentemente, sia pure con opportuni richiami alle altre forme di procedimento monitorio esistenti nel nostro diritto, al procedimento monitorio documentale quale è stato introdotto da noi dalla legge 9 luglio 1922 n. 1035 e dal R.D. 24 luglio 1922, n. 1036 ad essa complementare: alla miglior conoscenza del quale ci gioverà non tanto il volumetto, che nella sua superficialità non è scevro di errori, pubblicato sull'argomento dall'Indri (1), e qualche articolo, con intento quasi esclusivamente informativo, pubblicato da riviste giuridiche (2), quanto la recente *Appendice al Manuale* scritta da Lodovico Mortara (3), il cui commento in questa materia è parti-

---

(1) *Il procedimento d'ingiunzione*, cit.

(2) Cfr. *Rassegna di legislazione*, in *Diritto e pratica commerciale*, vol. I, Parte 2ª, pag. 290 e segg.; Cogliolo T., *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Mon. trib.*, 1923, 34; De Simone, *Il proc. per ing.*, in *La società per azioni*, 1923, pag. 90; Lucarini, *Il proc. per ing.*, in *Foro delle Puglie*, 1923, I.

(3) *La competenza civile dei Pretori e dei Conciliatori. Il procedimento per ingiunzione* (Torino, U.T.E.T., 1923). Cfr. anche, nell'ultima edizione del *Manuale*, I, pagg. 506-507 in nota e la 4ª edizione del *Commentario*, vol. V, nn. 558-566.

colarmente prezioso non solo per la autorità scientifica dello scrittore, ma anche per la circostanza che le disposizioni delle leggi 9-24 luglio 1922, mentre si riannodano alle proposte contenute, per suggerimento del MORTARA, nei disegni ORLANDO 16 marzo 1908 e 24 maggio 1909, sono in gran parte una riproduzione del disegno di legge 16 luglio 1919 n. 1177, redatto e presentato al Parlamento dallo stesso MORTARA, nel periodo in cui egli resse il dicastero della Giustizia (4); notevolissimo contributo alla miglior intelligenza di questa materia porta anche l'ultima puntata dei *Principii* del CHIOVENDA, la quale, quantunque per ragioni tipografiche non abbia potuto tener conto del procedimento ingiunzionale generale introdotto dal decr. 24 luglio 1922 (5), completa tuttavia nel n. III del § 94 la trattazione, già delineata nel n. IV del § 8 *bis*, dei varî tipi di procedimenti monitorî speciali già precedentemente esistenti nella nostra legislazione. Giova peraltro rilevare, per giustificare il largo ricorso che si dovrà fare nel seguito di questo studio alla dottrina tedesca, che la teoria del procedimento monitorio o ingiunzionale (termini che si equivalgono: ma avverto fin d'ora che quando, nel corso di questo lavoro, io parlerò di procedimento *ingiunzionale*, intenderò specialmente riferirmi a quella speciale forma di proc. monitorio-documentale che è stata introdotta da noi dal decr. 24 luglio 1922), se già trova nei nostri scrittori surricordati una sicura guida per la sistemazione generale, non può giovarsi da noi, per una più approfondita esegesi delle norme che disciplinano questo istituto, di quel prezioso materiale di esperienze pratiche consacrate nella giurisprudenza giudiziaria, di cui già si possono avvalere le legislazioni germanica ed austriaca che questo istituto hanno accolto da decennî: talché, in mancanza di esperienze nostrane, la consultazione degli scrittori tedeschi, che hanno studiato sul vivo il funzionamento di questo processo, diventa, più che utile, indispensabile, non soltanto in relazione al procedimento monitorio puro (*Mahnverfahren*) (6), ma anche in relazione al processo documentale (7), ed in

---

(4) Per le vicende parlamentari di questo istituto, a partire dai disegni di riforma presentati nel 1908-1909 dal min. ORLANDO, cfr. (oltreché *retro*, I, n. 12) MORTARA, *Appendice*, cit., pagg. 67-74.

(5) Cfr. la *Prefazione* premessa a questa puntata, pag. VII.

(6) Per il diritto germanico (*CPO*, §§ 688-703) cfr. GOLDENRING, *Das Mahnverfahren*, cit., SKEDL, *Das Mahnverfahren*, cit., di cui RICHTER, *Das Mahnv. nach dem siebenten Buch der RCPO* non è che un rifacimento (cfr. recensione in *Zeitsch. f. d. deuts. civ. Pr.* XXI, 130): KURTZ, *Das Mahnv. in seiner Neugestaltung und s. Anwendung in der Praxis* (Berlin, 1914: in gran parte è un formulario da pratici); STEIN, *Komm.*, 11ª ed., 1913, vol. II, § 688 e segg.; HELLWIG, *System*. II Teil (Leipzig, 1912), §§ 253-255. Per il dir. austr. (legge 27 aprile 1873) cfr. OTT, *Zur Lehre von den besonderen Verfahrensarten nach der neuen Civil-*

ispecie a quella forma di processo monitorio-documentale (*Mandatsverfahren*) del diritto austriaco (8), che è nelle legislazioni moderne il precedente più diretto del nostro procedimento per ingiunzione.

2. — Quantunque nessuna ragione di assoluta incompatibilità logica e giuridica vieterebbe in teoria di estendere il procedimento monitorio a tutti i casi nei quali è applicabile oggi l'ordinario processo di cognizione in contraddittorio, e di utilizzare quindi la inversione del contraddittorio e il conseguente accertamento fondato su preclusione non solo per ottenere sentenze di condanna suscettibili di ulteriore esecuzione, ma anche per ottenere sentenze di mero accertamento o sentenze costitutive (cfr. *retro*, I, n. 5), tuttavia per ragioni di opportunità pratica le legislazioni positive, e anche questo decreto 24 luglio 1922 di cui qui ci occupiamo, dànno al procedimento monitorio un campo di applicazione assai più ristretto di quello rilasciato all'ordinario processo di cognizione: esse, infatti non lasciano incondizionatamente all'attore la facoltà di scegliere in ogni caso tra procedimento ordinario e procedimento monitorio, ma ammettono l'attore a servirsi di quest'ultimo solo in quanto l'azione che egli propone e il diritto sostanziale che di essa è condizione si presentino come forniti di certi speciali requisiti, che non sono necessarî per poter esperimentare il processo di cognizione ordinario.

Il procedimento monitorio, perciò, in aggiunta alle condizioni di ammissibilità comuni ad ogni processo di cognizione (*presupposti processuali generali*) richiede, per essere ammissibile, la esistenza di alcune condizioni sue proprie, le quali possono denominarsi *presupposti processuali speciali* di esso (9). Se il procedimento monitorio desse luogo ad un provvedimento giurisdizionale sostanzialmente diverso nel suo contenuto da quella sentenza di condanna alla quale può dar luogo il processo ordinario di cognizione, e si potesse perciò considerarlo come strumento di una azione *sommaria* diversa dalla comune azione di condanna, le condizioni che noi chiamiamo pre-

---

processordnung, cit.: POLLAK, *System*, II, § 132; NEUMANN, *Komm. zu den Zivilprozessgesetzen*, 3ª ed. (Wien, 1914), I, pag. 377 e segg.

(7) Per il diritto germanico (*Urkundenprozess*, §§ 592-605) cfr. STEIN, *Der Urkunden-und Wechselprozess*, cit.; ID. *Komm.*, cit., § 592 e segg.; HELLWIG, *System*, cit., II, §§ 251-252.

(8) *CPO* austr., §§ 548-554; cfr. OTT, scritto cit., pag. 282 e segg.; NEUMANN, *Komm.* II, pag. 1576 e segg.; POLLAK, *System*, II, § 124.

(9) *Besondere Prozessvoraussetzungen* li chiama SCHÜLER, *Der Urteilsanspruch* (Tübingen, 1921), pag. 64 nota 35; il SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, li chiama, secondo la terminologia speciale da lui adottata « *besondere Sachgestaltungsvoraussetzungen für besondere Prozessarten* » (pag. 232).

supposti processuali speciali del procedimento monitorio dovrebbero invece considerarsi come condizioni speciali di questa azione *sommaria* (10); ma poiché, come precedentemente ho voluto dimostrare (*retro*, I, n. 22), la ingiunzione del procedimento monitorio è in tutto assimilabile, al momento in cui acquista efficacia esecutiva, a una sentenza di condanna pronunciata in contumacia del convenuto, è fuor di luogo parlare qui di azione sommaria e di speciali condizioni della medesima. La verità è che la mancanza di queste speciali condizioni che noi consideriamo come presupposti processuali speciali del procedimento monitorio non toglie all'attore la possibilità di far valere la stessa azione *in un altro processo*: la pronuncia del giudice che respinge il ricorso con cui il creditore chiede il rilascio della ingiunzione, non nega il diritto del creditore a ottenere la condanna del debitore, ma nega soltanto che il creditore possa raggiungere questo suo scopo nella forma semplificata del procedimento monitorio; dichiara non già che al creditore non spetti il bene cui egli aspira, ma che per accertar se gli spetti gli bisogna battere la via del processo ordinario (11). Se questi requisiti, che noi chiamiamo presupposti processuali *speciali* del procedimento monitorio, dovessero considerarsi, come altri li considera, quali condizioni di una speciale azione sommaria, la esistenza di essi, accertata da parte del giudice, dovrebbe dar luogo *senz'altro* a una pronuncia di merito favorevole al richiedente. Ma, quantunque apparentemente l'ordine di pagamento venga emanato dal giudice per il solo fatto della esistenza di tali requisiti (credito liquido ed esigibile, prova scritta, ecc.), è possibile in realtà configurare alcuni casi in cui il giudice, pur riconoscendo che questi requisiti esistono tutti, respinga il ricorso per ragioni di merito (esempio oltre, n. 24 in fine); come viceversa, anche quando il giudice lo accolga, la circostanza che dà efficacia pratica all'ordine di pagamento, cioè la mancanza di opposizione tempestiva da parte del debitore (preclusione), si può verificare soltanto in un momento successivo a

---

(10) Infatti lo STEIN, nella terminologia del quale i presupposti della tutela giuridica (*Rechtsschutzvoraussetzungen*: condizioni dell'azione) si contrappongono ai presupposti del processo (*Prozessvoraussetzungen*), considera gli speciali requisiti che il credito dell'attore deve avere per poter esser fatto valere mediante il proc. monitorio come « *Rechtschutzvoraussetzungen des Mahnverfahrens* »: cfr. *Komm.*, 11ª ed., § 688, I; § 253, *Vorbem.* IV; § 597, VI, 2; § 6991, I: e *Urkunden-und Wechselprozess* (Leipzig, 1887), § 8 e segg. (specialmente pagg. 61-67); *Rechtschutzvoraussetzungen*, pag. 21.

(11) Si potrebbe ripetere per il procedimento monitorio la formula che il § 597 della *CPO* germanica adopra in quei casi in cui l'attore tenta di valersi del procedimento documentale senza che ne ricorrano i presupposti: « *so wird die Klage als in der gewählten Prozessart unstatthaft abgewiesen* ».

quello in cui il giudice ha rilasciato la ingiunzione: finché questa circostanza non si è verificata, ci può essere un tentativo, un progetto di provvedimento sospensivamente condizionato, ma non si può dire davvero che vi sia un provvedimento favorevole perfetto. La caratteristica del procedimento monitorio consiste infatti, come già sappiamo, in ciò: che in esso per giungere all'accertamento giurisdizionale si utilizza, invece del sistema probatorio usato nel processo ordinario, un sistema più sbrigativo basato sulla preclusione. Ma non tutte le azioni sono indistintamente ammesse a valersi di questo congegno processuale più celere e più semplice di quello ordinario: esso è riservato a quelle che si presentano con determinati requisiti, i quali hanno dunque il carattere di condizioni necessarie per poter esperimentare quella speciale forma di procedimento, non già di condizioni necessarie per ottenere attraverso questo esperimento un provvedimento favorevole (che può essere ottenuto solamente se, in seguito alla emanazione dell'ordine di pagamento, si produca la preclusione). Il carattere proprio dei presupposti processuali — ch'essi di regola debbono esistere al momento della domanda, mentre le condizioni della azione basta che esistano al momento della pronuncia sul merito (12) —, non può apparire con evidenza nel processo monitorio, perché la proposizione della domanda e la pronuncia del giudice si trovano qui giustapposte all'inizio del processo e non collocate ai due posti estremi, come avviene nel processo ordinario; e perché nel processo monitorio, se il convenuto non fa opposizione, non vi può essere di regola una pronuncia sul merito separata dalla pronuncia iniziale sui presupposti processuali, dato che in questa forma di procedimento tutta la decisione sul merito consiste nel formulare anticipatamente la ipotesi che allo scader del termine si verifichi la preclusione (cfr. però oltre, n. 24 in fine). Ma tuttavia, chi esamini il fenomeno più da vicino, una certa separazione nel tempo tra il momento in cui devono sussistere i presupposti processuali e quello in cui devono sussistere le condizioni della azione si verifica anche qui; perché, mentre la esistenza delle condizioni di ammissibilità del procedimento monitorio deve verificarsi al momento in cui il giudice emana l'ordine di pagamento, gli effetti della pronuncia sulla esistenza del diritto restano sospesi fino allo scadere del termine dato al convenuto per fare opposizione, cioè fino al momento in cui cessa la incertezza intorno all'effettivo operare della supposta preclusione.

---

(12) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 96-98; SCHÜLER, op. cit., § 7 *a*.

3. — Studieremo nelle pagine seguenti le condizioni di ammissibilità di questa forma di procedimento, di cui, nello studio precedente, abbiamo veduto i caratteri e la struttura. La trattazione sarà divisa in due parti; la prima sui presupposti processuali proprî del procedimento monitorio (presupposti processuali *speciali*), la seconda sui presupposti processuali che esso ha in comune col procedimento ordinario (pr. pr. *generali*).

§ 2. — Classificazione e caratteri dei pr. pr. speciali.

Sommario: 4. Rapporto tra questi caratteri e lo scopo del procedimento monitorio.

4. — I presupposti processuali speciali del procedimento ingiunzionale, disciplinati dal decr. 24 luglio 1922 (all'esegesi del quale questo studio è in prima linea dedicato, pur senza voler trascurare le altre forme speciali di procedimento monitorio vigenti nel nostro diritto) riguardano:

a) la natura dell'azione;

b) la natura del diritto sostanziale (credito) costituente una delle condizioni dell'azione medesima;

c) la residenza, il domicilio o la dimora del preteso debitore;

d) la prova di questo diritto.

Sui caratteri che questi presupposti processuali speciali presentano in coordinazione colla funzione propria del procedimento ingiunzionale diremo particolarmente esaminandoli ad uno ad uno. È opportuno però avvertire fin d'ora in generale che ciascuno di essi, come trova da un lato la sua miglior giustificazione e il suo miglior commento in quello scopo di *celere preparazione del titolo esecutivo* che è tipico di questo procedimento (*retro*, I, n. 2), così a sua volta serve a illuminar sempre meglio che proprio questo è lo scopo al quale siffatto procedimento è stato preordinato dal legislatore. Le condizioni di ammissibilità del procedimento ingiunzionale appaiono infatti evidentemente preordinate a escludere da questa via tutte quelle azioni le quali, o per la natura del provvedimento giurisdizionale richiesto o per la natura del diritto sostanziale violato, non si presterebbero alla immediata creazione del titolo esecutivo. I requisiti di liquidità e di esigibilità che il credito deve avere (oltre, nn. 10-14) per dare adito all'esercizio del procedimento monitorio non sono altro che una anticipazione in sede di cognizione dei requisiti che esso deve avere per esser fatto valere in sede di esecuzione. Nella domanda di ingiunzione rivolta dal creditore al giudice devono insomma esser già contenuti

tutti gli elementi necessarî per la costruzione di un titolo esecutivo; sicché non manchi altro che aggiungere ad essi, con quel metodo rapido della preclusione che è tipico di questo procedimento, l'accertamento giurisdizionale, che tutti in sé li riassuma. Anche altre condizioni di ammissibilità, come sarebbe quella della prova scritta del credito e della eseguita controprestazione (oltre, nn. 19-20), a nient'altro mirano che a ridurre al minimo la possibilità delle opposizioni all'ingiunzione e a spianar così la via al raggiungimento del titolo esecutivo, eliminando a priori tutte quelle azioni in cui la opposizione del debitore, in certo modo prevedibile, potrebbe frustrare la buona riuscita del procedimento. Le stesse limitazioni, comuni a tutte le legislazioni, con cui il procedimento monitorio è riservato alle sole obbligazioni di dare, aventi per oggetto cose fungibili, trovano la loro ragion d'essere nella facilità con cui l'oggetto di siffatte obbligazioni può essere valutato in denaro, senza probabilità di controversie sulla sua individuazione (13).

Si può concludendo affermare che, quantunque il procedimento monitorio sia, come sappiamo, un procedimento di cognizione, tuttavia traspare evidente in ogni sua norma la preoccupazione di quella che il Mortara chiama efficacemente la « possibilità legale dell'immediato avviamento della esecuzione forzata » (14).

§ 3. — *a*) Caratteri dell'azione.

Sommario: 5. Deve trattarsi di azione di condanna.

5. — Già si avvertì che nelle legislazioni moderne soltanto le azioni *di condanna* possono essere esercitate mediante il procedimento monitorio: il provvedimento giurisdizionale (oggetto immediato dell'azione) che l'attore mira ad ottenere mediante questo procedimento, ha in ogni caso il carattere di un comando (*ingiunzione, ordine di pagamento*), col quale il giudice impone al debitore di eseguire una certa prestazione: di un comando, cioè, interamente simile a quello che è tipicamente contenuto in ogni sentenza di condanna. Quello scopo di preparazione alla esecuzione forzata, che è caratteristico delle azioni di condanna, si ritrova in modo anche più evidente nel processo monitorio, in armonia colla funzione tipica, da noi altrove analizzata, di questo: sicché si può dire che tra la ingiunzione del procedimento monitorio e la sentenza di condanna del procedimento ordinario la

(13) Cfr. Goldenring, *Mahnv.*, pag. 459; Skedl, *Mahnv.*, pag. 111.
(14) *Appendice*, cit., pag. 78.

differenza, sia per ciò che si riferisce al comando di prestazione rivolto all'obbligato, sia per ciò che si riferisce all'inizio dello stadio di esecuzione, sia più di nome che di sostanza. Per le ragioni che diremo più avanti (n. 13) il proc. monitorio non può però essere esperimentato per ottenere una condanna in futuro.

§ 4. — *b*) Caratteri del diritto vantato dal ricorrente.

Sommario: 6. α) Diritto di credito. — 7. β) Derivante da obbligazione *di dare*. — 8. γ) Natura dell'oggetto della prestazione. — 9. Concetto di fungibilità. — 10. — δ) Credito liquido ed esigibile; significato di queste espressioni. — 11. Determinazione dell'equivalente in denaro. — 12. Sul carattere di liquidità. — 13. Sul carattere di esigibilità. — 14. Crediti dipendenti da controprestazione. — 15. ε) Valore del credito. — 16. η) Condizione soggettiva del creditore.

6. — α) Il diritto soggettivo sostanziale, vantato da chi vuol valersi del procedimento monitorio, dev'essere un *diritto di credito* (15) cioè la facoltà di esigere da una persona una determinata prestazione; questa è, del resto, una implicita conseguenza della limitazione, pocanzi affermata, del procedimento monitorio alle sole azioni di condanna: ché azione di condanna non si può avere se non in quanto il convenuto si presenti come obbligato a una prestazione, positiva o negativa (16).

Non tutti i diritti *di credito*, nel senso ampio sopra accennato, possono essere oggetto di procedimento monitorio: ma solo alcune categorie di essi, rispondenti ai requisiti che tra poco esamineremo. Giova avvertire però che nella determinazione di questi requisiti non ha importanza alcuna il fatto giuridico che ha dato origine al credito: la causa dell'obbligazione è, agli effetti della ammissibilità del procedimento monitorio, irrilevante (17); sicché sotto questo aspetto (18)

---

(15) Secondo l'art. 1 del decr. 24 luglio 1922 « l'ingiunzione... può essere pronunciata *per un credito...* » ecc., espressione che corrisponde a quella di « *ein Anspruch* », adottata per il procedimento monitorio e documentale dalle leggi tedesche (cfr. § 592 e § 688 della *CPO* germ.); per il significato della parola *Anspruch* nel diritto tedesco (§ 194, *B.G.B.* germ.), cfr. Ferrara, *Trattato*, I, pagg. 330-331; Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, n. 3. Nel dir. austr. si parla di *Forderung* (*CPO*, § 548, legge 27 aprile 1873, art. 1).

(16) Hellwig, *System*, I, § 102, I, pag. 259.

(17) Cfr. Stein, *Kommentar*, 11ª ed., § 688, I, 2; Skedl, *Mahnverfahren*, pag. 110; Hellwig, *System*, II, § 251, I, 1, pag. 57; Stein, *Urkunden-und Wechselprozess*, pagg. 70-71; « non ha importanza né la natura della pretesa, reale o personale che sia, né la sua causa (contratto, legge, delitto, ecc.). Solo il suo oggetto ha importanza decisiva ».

(18) Cfr. però la nota 15.

non è escluso che mediante il procedimento monitorio si possa far valere anche un credito originato dalla violazione di un diritto reale, ossia uno di quei diritti di credito che la dottrina tedesca fa rientrare sotto il concetto di *pretesa reale* (19).

Questa qualità del procedimento ingiunzionale, di essere uno strumento processuale essenzialmente riservato a far valere diritti di *credito*, si rispecchia anche nella denominazione, impropria ma ormai comunemente ricevuta nelle legislazioni, con cui sono indicati coloro che sono parti in questo processo: colui che inizia questo procedimento si chiama *creditore* e colui contro cui il procedimento è rivolto si chiama *debitore* (20), quantunque nel corso del procedimento possa poi risultare che il credito vantato dall'attore non esiste e che quindi colui contro cui è proposta la domanda di ingiunzione non è debitore. Più esatto sarebbe adottare una terminologia che, senza riferirsi alla reciproca situazione delle parti nel rapporto sostanziale, avesse riguardo unicamente alla loro posizione nel processo; ma le denominazioni di *attore* e *convenuto* non sembrano soddisfacenti, specialmente quest'ultima (dato che manca qui la *vocatio in ius* alla quale la parola convenuto, *cum-ventus*, etimologicamente si richiama). Preferibili sarebbero forse le espressioni di *ricorrente* e *intimato*, vive nel nostro diritto giudiziario. Noi tuttavia per semplicità adopreremo in questo lavoro la terminologia adoprata dalla legge, pur rilevandone la inesattezza, in cui del resto il legislatore è incorso anche nelle disposizioni che regolano il processo esecutivo.

7. — β) I caratteri che il diritto di credito deve presentare per essere oggetto idoneo di procedimento monitorio sono minutamente regolati dalla legge. Innanzi tutto la prestazione alla quale tende il

---

(19) Sulla natura di questi diritti di credito nascenti dalla violazione di un diritto reale (per i quali la dottrina tedesca parla di *dinglichen Ansprüchen*: cfr. HELLWIG, *System*, I, § 103), cfr. FERRARA, *Trattato*, I, pagg. 331-332; POLACCO, *Obbligazioni*, 2ª ed., pagg. 54-55, n. 10, 2°. Si ricordi anche che « ogni diritto assoluto o relativo, tendente a una prestazione, positiva o negativa, si presenta come obbligazione nel momento del processo » (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 47). Si intende poi che nel nostro diritto non può costituire ostacolo all'esperimento del proc. ingiunzionale il fatto che il credito sia rafforzato da un diritto reale di garanzia (ipoteca o pegno), accessorio al credito. La questione fu dibattuta in Germania, a causa della diversa natura che ha l'ipoteca nell'ordinamento germanico (cfr. FALKMANN, in *Zeits. für d. d. civ. Pr.*, X, pag. 374) e fu risolta poi dalla Nov. del 1898 che ha espressamente equiparato, agli effetti del proc. monitorio, i crediti ipotecarî agli altri crediti aventi per oggetto il pagamento di una somma di denaro: cfr. *CPO*, §§ 592 e 688, e STEIN, *Komm.*, § 688, I, 1, e § 592, III, 2.

(20) Decr. 24 luglio 1922, artt. 2, 3 ecc.; cfr. HELLWIG, *System*, II, pag. 69.

diritto di credito deve consistere in un *dare* (l'art. 1 decr. 24 luglio 1922 parla di « pagamento o di consegna »), non già in un *fare* o in un *non fare* (21).

8. — γ) Non a tutte le obbligazioni *di dare* è applicabile il procedimento monitorio, ma soltanto a quelle la cui prestazione di dare abbia per oggetto una determinata quantità di cose fungibili (art. 1 cit.: « *credito in denaro, ovvero in merci o altre cose fungibili* »). Il procedimento monitorio, pertanto, non si applica mai alle obbligazioni che mirino alla consegna di un immobile (22), perché la fungibilità è una qualità propria delle cose mobili (23); né a quelle che abbian per oggetto la consegna di una cosa determinata nella specie o anche solo nel genere (24). Si può insomma dire che sono ammesse a questa forma di procedimento le sole obbligazioni *di quantità*, non quelle *di specie* o *di genere* (25). La espressione dell'art. 1 è qui alquanto sovrabbon-

---

(21) Cfr., però l'art. 37 del dis. ORLANDO, 20 maggio 1909 e STEIN, *Komm.*, § 592, III, 2.

(22) Cfr. però anche qui, in altre legislazioni e da noi in *jure condendo*, esempî di procedimento monitorio adoprati per il rilascio di immobili locati, *retro*, nota 12 a pag. 19.

(23) FERRARA, *Trattato*, I, 831.

(24) Il requisito della fungibilità non è richiesto dall'ord. libico, il quale (art. 49) ammette il procedimento monitorio, oltreché per il pagamento di somme, « per la consegna di cose mobili » in genere. Nella relazione della Commissione della Camera dei Deputati per la delega al Governo della facoltà di riformare i codici (Legisl. XXVI, Sess. 1921-23, Doc. n. 2013, A) si propone di estendere il procedimento per ingiunzione alle obbligazioni di restituzione di cose mobili determinate (artt. 185, 1848, 1878, 1585 ecc. Cod. civ.: rel. LA LOGGIA, pag. 62).

(25) Per la differenza tra queste varie categorie di obbligazioni, cfr. FERRARA, *Trattato*, I, pag. 830; BENSA, *Sul concetto di cose fungibili nel dir. it.* (estr. dagli *Studi per* FADDA), n. 5; cfr. anche VIVANTE, *Trattato*, 4ª ed., vol. III, nota 5 a pag. 80. Se si volesse adottare la tradizionale classificazione delle azioni fatta, anziché in base alla natura del provvedimento giurisdizionale richiesto, in base alla natura del diritto sostanziale o in base alla natura della cosa (oggetto *mediato* dell'azione) a cui questo tende, potremmo dire che il proc. mon. non è mai applicabile alle azioni *immobiliari* (reali o personali che siano) né alle azioni *mobiliari reali*. Le azioni cosiddette *reali* (mobiliari o immobiliari che siano) sono escluse dal proc. monitorio non già perché manchi ad esse il requisito di avere a base un diritto di credito (diritto a una prestazione, originato dalla violazione di un diritto reale) ma perché, tolti i casi in cui dalla violazione del diritto reale sorge solo un obbligo di risarcimento in denaro, questo diritto a una prestazione (restituzione della cosa) mira a una cosa *determinata*: onde manca qui il requisito della fungibilità. Se venisse accolta la proposta della Commissione della Camera dei deputati, di cui nella nota precedente, il proc. ingiunz. verrebbe ammesso anche per le azioni reali mobiliari.

dante; poiché, mentre il concetto di questo articolo sarebbe stato espresso in modo sufficientemente chiaro quando si fosse adoprata soltanto la frase comprensiva di « credito in cose fungibili », il legislatore non solo ha voluto qui esplicitamente menzionare, sulla traccia delle legislazioni straniere (26), l'esempio più importante e più frequente di credito avente per oggetto una cosa fungibile, cioè i crediti « in denaro » (27), ma ha ritenuto altresì opportuno di richiamare espressamente anche il caso di crediti « in merci »: ed ha introdotto con questa disposizione una parola che, com'è noto, non ha in altre leggi una significazione precisa. Certo è da escludere che la parola *merci* sia stata adoprata qui in quel senso generale che abbraccia tutto ciò che forma oggetto dell'attività commerciale, compresi gli immobili (28), i quali non hanno mai quella fungibilità che è qui requisito indispensabile; né si deve intendere che la parola merci possa esser presa qui in senso tecnico a indicare i prodotti della industria manifatturiera contrapposti alle *derrate*, prodotti della terra, come nell'art. 3 n. 1 del Cod. comm. Qui essa comprende invece non soltanto le merci e le derrate in senso tecnico, ma altresì tutte le cose corporali mobili che possono essere oggetto di contrattazione e di scambio (89). E il procedimento monitorio è dichiarato ammissibile per tutte le prestazioni in merci in questo senso, purché si tratti di merci fungibili (30). Ma se il suo significato è così ampio, quale è la funzione logica dell'ulteriore aggiunta « o altre cose fungibili »? L'unica spiegazione mi sembra questa: che con l'ultima espressione si sia voluto indicare, in contrapposto alle merci considerate come beni che hanno in sé il proprio valore, quei beni che hanno soltanto un valore simbolico cioè le « obbligazioni dello Stato o altri titoli di credito circolanti in com-

---

(26) Cfr. § 1 della legge austr. 27 aprile 1873 (« *Forderungen an Geld oder anderen vertretbaren Sachen* »), § 545; *CPO* austr., §§ 593 e 688 *CPO* germ. (« *Wegen eines Anspruchs welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat* »).

(27) In questa espressione è inclusa ogni sorta di moneta, metallica o cartacea, avente corso legale nello Stato (cfr. MORTARA, *Appendice*, pag. 78; NEUMANN, *Komm.*, II, pag. 1577; OTT, scritto cit., pag. 286). Il proced. mon. è però applicabile anche ai crediti in moneta estera; perché, anche se si ritiene che la espressione « denaro » indichi soltanto la moneta avente corso legale nello Stato, la moneta estera rientrerebbe sempre tra le « altre cose fungibili ».

(28) BOLAFFIO, *Il diritto commerciale* (*Corso univ.*), 2ª ed., pag. 122; FRANCHI e PAGANI, *Del commercio in generale*, pag. 86.

(29) Cfr. FRANCHI e PAGANI, op. cit., pag. 86; BOLAFFIO, op. cit., pag. 115; VIVANTE, *Trattato*, 4ª ed., III, n. 896.

(30) Cfr. VIVANTE, loc. cit.

mercio » (art. 3 n. 1 Cod. comm.) (31), purché, si intende, di natura fungibile (32).

9. — Il concetto di *fungibilità* è quello che risulta dall'art. 1287 del Cod. civile: si deve trattare di « una determinata quantità di cose della stessa specie, le quali possono *nei pagamenti* tener luogo le une delle altre »; per poter ricorrere al procedimento monitorio non basta, dunque, che il credito abbia per oggetto cose considerate nel caso speciale come fungibili dai contraenti (fungibilità *soggettiva*), ma è necessario che esse siano, per loro natura e indipendentemente dalla volontà dei contraenti, di quelle che nel traffico sono comunemente considerate come sostituibili nei pagamenti (nei *pagamenti* in genere; non in quel solo determinato pagamento) le une alle altre (fungibilità *oggettiva*) (33). Il procedimento monitorio non sarebbe tuttavia ammissibile quando risultasse al giudice che le cose, formanti oggetto del credito, quantunque oggettivamente fungibili, siano state tuttavia individuate e considerate come infungibili dai contraenti: la volontà dei quali può dunque avere nella ammissibilità del procedimento monitorio una efficacia negativa, in quanto abbia considerato soggettivamente infungibili cose che sarebbero per loro natura fungibili; ma non inversamente una efficacia positiva, in quanto abbia considerato soggettivamente fungibili cose che non siano tali oggettivamente. La ragione di questa differenza appare evidente, quando si pensi che il legislatore ha voluto limitare il procedimento monitorio a quelle sole obbligazioni il cui oggetto si adatti per sua natura a un rapido accertamento del prezzo e ad un facile pagamento (34): qualità che si riscontrano soltanto nelle cose fungibili oggettivamente (35).

---

(31) Cfr. BOLAFFIO, op. cit., pag. 116; VIVANTE, *Trattato*, III, loc. cit. La *CPO* germanica espressamente menziona, tra i crediti che possono esser fatti valere mediante *Urk. Pr.* o mediante *Mahnverf.*, quelli che hanno per oggetto la consegna di una determinata quantità di *Wertpapiere* (§§ 592 e 688); ma si ritiene che tale menzione sia superflua (STEIN, *Komm.*, § 592, III, 1; contro LANGHEINEKEN, in *Bayr. Z.*, VII, 179 e segg.). La proposta CHIOVENDA, art. 197, parla di « determinata quantità di specie o effetti ».

(32) STEIN, *Komm.*, § 592, III, 1, nota 8. Sull'argomento cfr. lo stesso STEIN, *Urk. Pr.*, pag. 73 nota 9; KOCK, in *Zeitsch. f. d. d. civ. Pr.*, III, pag. 380 e segg.; GOLDSCHMIDT, in *Zeitsch. f. Handelsr.*, XXVIII, pag. 64 e segg.

(33) Cfr. STEIN, *Urk. Pr.*, pagg. 72-73; SKEDL, *Mahnverf.*, pagg. 109-110. Il FERRARA, *Trattato*, I, pag. 831, insegna che « dove la legge connette delle conseguenze giuridiche alla fungibilità come tale, si applica il criterio obiettivo di essa, indipendentemente dalla intenzione delle parti »: cfr. anche VIVANTE, *Trattato*, III, 4ª ed., nota 5 a pag. 80.

(34) MORTARA, *Appendice*, pagg. 77-78.

(35) STEIN, *Urk. Pr.*, pag. 73.

10. — δ) Il credito, di cui mediante il proc. mon. si persegue il sodisfacimento, deve essere (sempre secondo l'art. 1 del decr. 24 luglio 1922) « liquido ed esigibile » (cfr. art. 49 ord. giud. libico): questa locuzione, la quale riproduce quella adoprata dagli artt. 1287 Cod. civ. e 41 Cod. comm., richiama alla mente quella, un po' diversa, contenuta negli artt. 2081 Cod. civ. e 568 Cod. proc. civ., i quali esigono che il debito, per cui si procede a espropriazione forzata, sia « certo e liquido ». Un commentatore del decr. 24 luglio 1922, ha affermato, senza in verità approfondir molto l'argomento, che le due locuzioni si equivarrebbero poiché « dovendo concorrere gli estremi della liquidità ed esigibilità del credito, ne deriva anche che debba trattarsi di credito certo » (36). La affermazione è evidentemente arbitraria: non solo perché le due frasi contengono parole di significato diverso, ma anche perché questa diversità di espressioni trova rispettivamente la sua ragion d'essere nei differenti scopi del procedimento monitorio e di quello esecutivo.

I tre requisiti ai quali si accenna negli articoli sopra ricordati (certezza, liquidità, esigibilità del credito o del debito) hanno contenuto nettamente distinto: la certezza attiene alla esistenza del credito, la liquidità alla determinazione del suo preciso ammontare, la esigibilità al tempo in cui il creditore può richiederne il pagamento; un credito è certo quando non è controversa la sua esistenza (*an*): è liquido, quando è determinata la misura della prestazione (*quantum*); è esigibile, quando il suo pagamento non è differito da termini né sospeso da condizioni né soggetto ad altre limitazioni (*quando*). Quantunque ciascuno di questi tre requisiti abbia un significato suo proprio, è facile intendere che il requisito della certezza abbraccia anche, se si prende in senso ampio, il requisito della liquidità: poiché la esistenza di un credito non può dirsi praticamente certa se non in quanto sia fuor di controversia la misura nel quale esso credito si concreta; il requisito della esigibilità sta invece a sé, poiché si può pensare un credito certo per quanto attiene all'*an* e al *quantum*, e tuttavia non ancora scaduto e quindi non ancora esigibile.

Ciò premesso, è facile intendere che non si può procedere alla realizzazione forzata di un credito se non quando esso sia fornito di tutti e tre i requisiti sopra ricordati: per iniziare la esecuzione forzata è necessario infatti che il creditore sia munito di un titolo esecutivo, cioè di un *accertamento*, autoritativo o contrattuale, dal quale risulti

---

(36) Indri, scritto cit., pag. 32. L'Ufficio centrale del Senato, nei voti da esso espressi intorno al disegno di legge sul processo per ingiunzione, aveva proposto che anche la certezza del credito fosse espressamente richiesta: cfr. Atti del Senato, Legisl. XXVI, 1ª Sess. Discussioni, 3 luglio 1922, pagg. 3366 e 3368.

(almeno provvisoriamente) fuor di controversia non soltanto la esistenza e la entità del credito, ma altresì il diritto del creditore a ottenerne senza dilazione il soddisfacimento (37). Quando gli artt. 2081 Cod. civ. e 568 Cod. proc. civ. menzionano come requisiti del titolo esecutivo soltanto la certezza e la liquidità del debito, e sembrano con ciò trascurare il requisito della esigibilità quasi che esso non fosse necessario per iniziare la esecuzione forzata, intendono evidentemente considerare questo terzo requisito, che in realtà non è meno indispensabile degli altri due, come rientrante nella certezza intesa in senso lato (38). La locuzione di questi due articoli sarebbe stata di sicuro più esatta se essi avessero parlato di debito « certo ed esigibile », comprendendo nel requisito della certezza quello della liquidità che naturalmente vi rientra, e menzionando a parte il requisito della esigibilità, il quale, come sopra si è detto, può non esistere anche quando il debito sia certo sull'*an* e sul *quantum*; ma poiché è necessario prender la legge qual'è e non quale avrebbe dovuto essere, bisogna ritenere che in questi due articoli il requisito della esigibilità sia stato sottinteso, dal momento che senza esigibilità non è pensabile esecuzione forzata.

Le considerazioni esposte finora non valgono per il procedimento monitorio. Per esso, dei tre requisiti sopra esaminati, bastano, come correttamente si esprime l'art. 1 del decr. 24 luglio 1922, quelli della liquidità e della esigibilità del credito (39); il requisito della certezza del credito non è necessario per l'ammissibilità del procedimento monitorio. Ciò si deduce dalla stessa natura di questo procedimento; il quale, come altra volta cercai di dimostrare, non è un procedimento esecutivo, di cui sia presupposto indispensabile la esistenza di un accertamento (titolo esecutivo), ma è un procedimento abbreviato di cognizione, il quale mira a costruire esso stesso, mediante preclusione, quell'accertamento che a sua volta aprirà l'adito alla esecuzione. Se per iniziare il procedimento esecutivo occorre dunque che il diritto del creditore sia *certo* (ossia consacrato in uno di quegli accertamenti, autoritativi o contrattuali, che la legge considera come titoli esecutivi) l'esistenza di questa certezza non solo non è indispensabile per iniziare il procedimento monitorio, ma anzi renderebbe superfluo il ricorso a

---

(37) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 242 e segg., pag. 255 e segg.

(38) ID., *ibidem*, pag. 257; MORTARA, *Commentario*, V, n. 15 e segg.

(39) La liquidità e la esigibilità del credito sono requisiti indispensabili per il proc. monitorio anche secondo le legislazioni germanica e austriaca; si deve trattare di credito consistente in una *determinata* somma di denaro o in una *determinata* quantità di cose fungibili (*CPO* germ., § 688: cfr. legge austr. 27 aprile 1873, § 4 n. 2), e di un credito che appaia fondato al momento (*zur Zeit*) della domanda (*CPO* germ., § 691: legge 27 aprile 1873, § 5 cpv.). Cfr. STEIN, *Komm.*, § 688, I, 3; GOLDENRING, scritto cit., pag. 459.

questo procedimento il cui scopo, comune a tutti i procedimenti di cognizione, è appunto quello di crear la certezza nei rapporti giuridici incerti (40).

Per l'ammissibilità del proc. monitorio basta, dunque, che il credito vantato dall'attore si presenti al giudice come determinato nel suo ammontare (somma di denaro o quantità di cose fungibili) e come già scaduto al momento della domanda: il requisito della certezza, che dà adito alla esecuzione forzata, sarà, anziché un presupposto, una conseguenza di questo procedimento, attraverso il quale, in mancanza di tempestiva opposizione da parte del preteso debitore, la ingiunzione acquisterà l'efficacia di un vero e proprio accertamento giurisdizionale.

11. — L'intento proprio del proc. monitorio, di servire al rapido accertamento di quei crediti che si presentano già pronti per la esecuzione forzata, appare anche dal capoverso dell'art. 3 del decr. 24 luglio 1922: il quale, sull'esempio della legge austr. 27 aprile 1873 (§ 4 capoverso penultimo) stabilisce che « quando la domanda ha per oggetto merci o altre cose fungibili, deve essere espressa nel ricorso la somma in danaro che il creditore ritiene equivalente e che è disposto ad accettare in luogo della prestazione anche in seguito alla esecuzione forzata ».

Lo scopo di questa disposizione non ha bisogno di lungo commento: il procedimento monitorio, quantunque sia, in sé stesso considerato, uno speciale procedimento di cognizione, è tutto quanto orientato, come sappiamo, a preparare e ad accelerare la esecuzione; e poiché gli artt. 568 del Cod. proc. civ. e 2081 del Cod. civ. stabiliscono che il debito di cose fungibili diverse dal denaro non può dar luogo all'atto conclusivo della espropriazione che è la vendita, se prima non sia stato determinato il suo equivalente in danaro (41), così questo capoverso dell'art. 3 vuole che nel titolo esecutivo (ingiunzione), alla creazione del quale il procedimento monitorio tende, sia già contenuta quella determinazione in denaro, la cui mancanza costituirebbe un intralcio all'eventuale successivo svolgimento dell'esecuzione forzata. Anche qui, dunque, il procedimento monitorio appare evidentemente preordinato a costruire un titolo esecutivo sotto ogni aspetto incondizionato e completo. Se, trattandosi di credito in cose fungibili diverse dal denaro, nella ingiunzione fosse semplicemente ordinato al debitore

---

(40) Cfr. MORTARA, *Appendice*, cit., pagg. 78-79: « Non era il caso di richiedere il requisito della *certezza*, che... presupporrebbe la costituzione di un giudicato, ecc. ». Vedremo tuttavia che il proc. mon. può essere esperimentato anche per crediti già consacrati in un titolo esecutivo e quindi *certi*, allo scopo di conseguire gli effetti dell'art. 6 (ipoteca giudiziale). Cfr. testo, oltre, n. 24.

(41) MORTARA, *Comm.*, V, n. 79; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 256.

di consegnare una determinata quantità delle medesime senza specificare quale è il loro equivalente pecuniario, la ingiunzione sarebbe titolo esecutivo completo per condurre a termine soltanto una forma di esecuzione, cioè la esecuzione « per consegna di mobili » (articoli 742 e segg. Cod. proc. civ.), qualora queste cose mobili si trovassero presso il debitore; ma non già per condurre a termine la ordinaria esecuzione « sui beni », allo scopo di conseguire sul prezzo dei medesimi l'equivalente in denaro delle cose mobili dovute (42). Mediante la cautela prescritta dal capoverso dell'art. 3 la ingiunzione diventa invece, a favore del creditore di cose fungibili diverse dal denaro, un titolo esecutivo ugualmente idoneo per iniziare e condurre a termine a sua scelta, senza ulteriori ostacoli, l'esecuzione per consegna di mobili ovvero l'esecuzione dei beni per realizzarne il prezzo.

La determinazione dell'equivalente in danaro, prescritta dal capoverso dell'art. 3, ha carattere facoltativo, nel senso che il creditore, se non è disposto ad accettare l'equivalente in danaro in luogo della prestazione in natura, possa tralasciarla, oppure si deve considerare come una condizione indispensabile per l'ammissibilità del proc. monitorio, sicché il giudice debba rilevarne d'ufficio la mancanza e rigettare per questo solo motivo la domanda di ingiunzione? La forma imperativa (« *deve* ») adoprata dall'art. 3, e il precedente della legge austriaca da cui questa disposizione deriva (43), inducono a ritenere che la determinazione dell'equivalente in denaro sia un vero e proprio presupposto processuale speciale del proc. monitorio, indipendente dalla volontà del creditore (44). Né varrebbe osservare il contrario che questa disposizione, la quale costringe il creditore ad accettare una somma di danaro in luogo della prestazione in natura, contraddice al principio contenuto nell'art. 1245 Cod. civ., secondo il quale « il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta ». In realtà la disposizione del capoverso dell'art. 3 non diminuisce in alcun modo, nel campo del diritto sostanziale, la efficienza dell'art. 1245; ma prescrive soltanto, nel campo del diritto processuale, che chi vuol servirsi di quello speciale strumento per la celere realizzazione dei crediti che è il processo monitorio, deve dichiararsi disposto ad accettare, invece della prestazione in natura,

---

(42) Cfr. MORTARA, *Appendice*, pagg. 78, 85-86.

(43) L. 27 aprile 1873, § 4 cpv. penultimo; § 5 cpv. primo. La stessa disposizione non esiste nel *Mandatsverf.* austriaco: cfr. OTT, scritto cit., pag. 287.

(44) In senso contrario MORTARA, *Comm.*, 4ª ed., vol. V, n. 559, secondo il quale, se il creditore omette di indicare la determinazione dell'equivalente in danaro, « il giudice, prima di pronunciare l'ingiunzione, può invitarlo alla dichiarazione. In caso di omissione o rifiuto, si intende che l'ingiunzione non può autorizzare che agli atti diretti all'adempimento dell'obbligazione principale ».

l'equivalente in danaro: se il creditore non è disposto ad accettare tale equivalente, e vuole, basandosi sull'art. 1245, che il debitore sia condannato soltanto a eseguire la prestazione in natura, deve rinunciare a servirsi del procedimento monitorio che ha condizioni processuali sue proprie, e deve ricorrere al procedimento ordinario, per ottenere, anziché una ingiunzione, una vera e propria sentenza di condanna. Ma è evidente, d'altro canto, che il procedimento ordinario sarebbe anche qui per il creditore meno vantaggioso del procedimento monitorio: quando, infatti, il capoverso dell'art. 3 prescrive che il creditore debba dichiararsi disposto ad accettare l'equivalente in danaro, non gli toglie con ciò il diritto di pretendere prima, in quanto ciò sia praticamente possibile, l'adempimento in natura, e di esperimentare prima, in base alla ingiunzione diventata titolo esecutivo, la esecuzione per consegna di mobili. Se poi il creditore non vuole servirsi di questa forma di esecuzione, o non riesce a ottenere risultati positivi, il procedimento monitorio gli dà il vantaggio di potere, in base allo stesso titolo esecutivo e senza bisogno di un ulteriore accertamento, esperimentare anche la esecuzione sui beni allo scopo di ottenere l'equivalente in danaro. La disposizione dell'art. 3, dunque, anziché menomare il diritto del creditore a perseguire la prestazione in natura, mira a fornirgli in anticipo, per il caso in cui egli non voglia o non possa utilmente valersi di questo suo diritto, il titolo esecutivo per ottenere il surrogato pecuniario della prestazione: gli dà cioè fin d'ora quell'accertamento dell'equivalente in danaro, che altrimenti, in caso di non riuscita della esecuzione per consegna di beni, egli sarebbe costretto a provocare in un momento successivo.

Sui poteri del giudice in relazione alla determinazione dell'equivalente pecuniario e sugli effetti che questa determinazione può avere sulla competenza per valore, si dirà a suo tempo (*oltre*, n. 33).

12. — Per mancanza del requisito della *liquidità*, il procedimento monitorio non si presta a far valere i crediti dei quali non sia preventivamente determinata la somma di danaro o la quantità di cose fungibili che è oggetto della prestazione. Tuttavia il requisito della liquidità può dirsi adempiuto quando a calcolare il preciso ammontare del credito basta una semplice operazione aritmetica su un numero-base già fissato per legge o per convenzione: come sarebbe, ad esempio, se il creditore chiedesse al giudice l'ingiunzione, oltreché per una determinata somma capitale, anche per gli interessi legali in corso dal giorno della scadenza al giorno del pagamento (45).

---

(45) Cfr. SKEDL, *Mahnverf.*, pag. 110 nota 5; HELLWIG, *System*, II, pag. 70 nota 10 e pag. 71; OTT (per il *Mandatsverf.*), scritto cit., pag. 286.

Può richiedersi mediante il procedimento monitorio l'adempimento di una obbligazione alternativa, quando, si intende, ambedue le cose comprese nella obbligazione consistano in una determinata somma di danaro o in una determinata quantità di cose fungibili? Se la scelta appartiene al creditore, la risposta non può esser che affermativa: il creditore, infatti, nella stessa domanda di ingiunzione avrà determinato quale delle due prestazioni intende esigere dal debitore, onde l'obbligazione si presenterà al giudice come già divenuta semplice in seguito all'esercizio della facoltà di scelta. Ma se la scelta appartiene al debitore, e questi, al momento in cui il creditore chiede il rilascio della ingiunzione, non si è ancora determinato, si potrà dire che in questo caso il credito si presenti come fornito di quella liquidità che è necessaria per l'ammissione del procedimento monitorio? Di mancanza di esigibilità (oltre, n. 13), non è qui il caso di parlare, perché si suppone che il creditore abbia diritto a ottenere *subito* l'uno o l'altra delle due prestazioni; ma in quanto alla liquidità, anche se, nella ipotesi fatta, ciascuna di esse ha, in sé considerata, tale requisito, può parere che il requisito stesso non si riscontri qui nel credito considerato nel suo complesso, il quale in un certo senso si presenta al giudice come indeterminato, finché non sia noto quale delle due prestazioni (non importa se ciascuna in sé stessa determinata) il creditore abbia diritto di esigere dal debitore. Tuttavia non mi pare che per ciò solo si possa dichiarare inammissibile in una siffatta specie il procedimento monitorio: la notificazione della ingiunzione rivolta al debitore avrà infatti l'effetto di metterlo in mora in relazione al suo diritto di scelta; e se egli nel termine non eseguirà una delle due prestazioni e non farà opposizione, la ingiunzione acquisterà carattere di titolo esecutivo alternativo, nel senso che passerà al creditore la facoltà di procedere ad esecuzione per l'una o per l'altra a sua scelta delle due cose cadenti in obbligazione (46). In questo modo col procedimento monitorio si raggiunge lo stesso scopo che con molto maggior spreco di tempo (47) si otterrebbe mediante il processo ordinario con una sentenza, la quale, assegnando un termine al debitore per fare la scelta, lo condannasse *in futuro* al pagamento di quella tra le due cose cadenti in obbligazione per la quale egli si fosse determinato, con facoltà al creditore, nel caso che il debitore non facesse nel termine la scelta, di diriger l'esecuzione a sua scelta sopra l'una o l'altra prestazione (48).

---

(46) Skedl, *Mahnverf.*, pag. 110 nota 7; Ott, scritto cit., pag. 286.

(47) Mortara, *Comm.*, V, n. 17.

(48) Cfr. Polacco, *Obbligazioni*, 2ª ed., pag. 217; Chiovenda, *Principii*, pag. 257.

13. — Per mancanza del requisito della *esigibilità*, il procedimento monitorio non si presta a far valere i crediti sottoposti a condizione sospensiva o a termine. Se il credito è esigibile, ma il debitore non è stato ancora costituito in mora (art. 1223 capov. ultimo Cod. civ.) la costituzione in mora avviene colla notificazione della ingiunzione: né occorre che il creditore, per provare la esigibilità del credito richiesta agli effetti del proc. ingiunzionale, provi di avere invitato il debitore a pagare e il rifiuto di questo (49).

Il procedimento monitorio non può essere adoprato per far valere *preventivamente* un credito non ancora scaduto e per ottenere la condanna del debitore ora per quando il debito verrà a scadere (*condanna in futuro*) (50); la inammissibilità del procedimento monitorio sarebbe a mio avviso fuor di discussione anche se il creditore provasse al giudice che il suo credito, non ancora scaduto al momento della domanda, dovrà scadere durante il periodo che è dato al debitore per opporsi alla ingiunzione, sicché, quando la ingiunzione acquisterà efficacia di titolo esecutivo per il decorso di questo termine, il credito si presenterà come fornito di esigibilità. L'esigibilità del credito è un presupposto processuale, e come tale deve sussistere al momento della domanda (*retro*, n. 2 in fine); a diversa soluzione potrebbe forse giungere chi considerasse questo requisito come condizione di una speciale azione sommaria: in tal caso, infatti, dato il carattere di pronuncia *ipotetica ed anticipata* che è proprio della ingiunzione (51), sarebbe lecito pensare che la condizione della esigibilità potesse considerarsi adempiuta quando il giudice, nell'emanare la ingiunzione, si trovasse in grado di prevedere che allo scadere del termine per fare opposizione, cioè al momento a cui è differito l'inizio degli effetti giuridici della pronuncia, tale condizione fosse non più soltanto supposta, ma avverata.

14. — Specialmente interessanti sono, sotto l'aspetto della esigibilità, le obbligazioni nascenti da contratti bilaterali.

Per questi contratti è opportuno, in relazione alla ammissibilità del procedimento monitorio, distinguere tre ipotesi: può darsi che dal contratto stesso risulti che la prestazione dovuta da uno dei contraenti

---

(49) Stein, *Urk. Proc.*, pag. 129; cfr. Chiovenda, *Principii*, pagg. 160-161.

(50) In questo senso, per le condanne in futuro regolate dai §§ 257-259 della *CPO* germanica, Stein, *Komm.*, 11ª ed., § 688, I, 3; Schmidt, *Lehrbuch*, 2ª ed., pag. 601. Contro: Hellwig, *Anspruch und Klagerecht*, pag. 369; Moos, *Die Klage auf künftige Leistung*, pag. 68 e segg. Sulle condanne in futuro nel nostro diritto, cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 163 e segg.

(51) Cfr. *retro*, I, nn. 21 e 22.

non possa essere richiesta finché l'altro contraente non abbia *in precedenza* eseguito la sua controprestazione (*Vorleistung*). In tal caso, se quest'ultimo contraente, prima di aver eseguito la sua controprestazione, si volesse servire del procedimento monitorio per far ordinare all'altro contraente di eseguire la sua prestazione, la domanda dovrebbe esser dichiarata inammissibile per mancanza del requisito della esigibilità, perché il credito vantato si presenterebbe come ancora sottoposto a condizione sospensiva (52). Può darsi al contrario che dal contratto stesso risulti che il contraente, il quale si vuol servire del procedimento monitorio, è, sì, tenuto ad eseguire una controprestazione a favore dell'altro contraente, ma soltanto a condizione che questo abbia eseguito *prima* la sua prestazione: in tal caso il credito del primo contraente si presenta fin d'ora esigibile, e quindi il procedimento monitorio può qui essere esperimentato, indipendentemente dalla controprestazione che deve seguire in un momento successivo (*Nachleistung*) (53).

Per questi due casi non c'era bisogno di una speciale disposizione: bastava, per giungere alle soluzioni sopra accennate, la disposizione generica che prescrive come condizione del proced. monitorio la esigibilità del credito. Di men facile soluzione si presentava invece la questione per quei casi, in cui non risultasse dal contratto quale delle due reciproche obbligazioni nascenti rispettivamente a carico dei due contraenti dovesse essere adempiuta *prima* dell'altra; in cui, cioè, le due prestazioni dovessero essere eseguite contemporaneamente, l'una in cambio dell'altra (la dottrina tedesca parla in questi casi di *Leistung Zug um Zug*) (54). Se, infatti, in un caso simile, uno dei contraenti, prima di aver eseguito la sua prestazione, avesse voluto esperimentare il procedimento monitorio per fare ingiungere all'altro contraente di adempier senz'altro la propria obbligazione, il procedimento monitorio non avrebbe potuto essergli rifiutato per mancanza di esigibilità del credito; ma l'altro contraente avrebbe potuto opporgli la *exceptio non adimpleti contractus*, e dar luogo così a una complicata controversia, con conseguente arresto di tutti i vantaggi di celerità e di semplicità che dovrebbero esser proprî del procedimento monitorio. Per evitare al procedimento monitorio questa frequente causa di liti che è nei

---

(52) Cfr. SKEDL, *Mahnverfahren*, pag. 111 « *Liegt dem Petenten eine noch nich erfolgte Vorleistung ob, so ist das Mahngesucht... mangels Fälligkeit der Forderung abzuweisen* ». Cfr. GOLDENRING, scritto cit., pag. 459; HELLWIG, *System*, II, pag. 70 nota 10.

(53) SKEDL, loc. cit.

(54) Cfr. su questo argomento, in relazione al processo documentale, STEIN, *Urk. Pr.*, cit., § 10.

contratti bilaterali la *exceptio non adimpleti contractus*, e per ribadire anche su questo punto il principio che questa forma di procedimento è riservata ai crediti di pronta soluzione (55), la legge austriaca 27 aprile 1873 (§ 5), imitata poi dal § 688 della *CPO* germ., stabilì che la domanda di ingiunzione dovesse esser respinta d'ufficio, quando dalla medesima risultasse la dipendenza del credito da una controprestazione non ancora eseguita (56); e il nostro decr. 24 luglio 1922, art. 1 cpv. 1°, ripete quasi a parola la stessa disposizione, (aggiungendo il requisito della prova scritta, di cui parlerò tra poco, n. 19) in questi termini: « Se l'adempimento dell'obbligazione dipende da una controprestazione, deve esser dimostrato con prova scritta che questa fu regolarmente eseguita ». Non basta, dunque, che il creditore si dichiari pronto a eseguire la controprestazione: occorre che questa sia già stata « regolarmente eseguita », mediante pagamento all'altro contraente o mediante offerta di pagamento, fatta nelle forme di legge e seguita da regolare deposito della cosa dovuta (art. 1259 e segg. Cod. civ.; art. 68 Cod. comm.). Se la controprestazione non è stata eseguita, il contraente che voglia agire giudizialmente dovrà servirsi del procedimento ordinario per ottenere una condanna in futuro (57), la quale potrà essere eseguita forzatamente soltanto quando egli abbia già eseguito la sua prestazione (58).

La disposizione dell'art. 1 cpv. si riferisce principalmente ai contratti bilaterali perfetti (*contractus bilaterales aequales*), dei quali è carattere tipico la esistenza fin dalla origine di due obbligazioni reciproche a carico di entrambi i contraenti: per questi contratti, anche se dalla domanda di ingiunzione non risulta espressamente la esistenza e la interdipendenza reciproca delle due obbligazioni, basta il *nomen iuris* del contratto su cui il creditore basa questa sua domanda, per rendere applicabile la disposizione che qui esaminiamo. Nei contratti bilaterali imperfetti (*c. b. inaequales*), nei quali l'obbligo di una controprestazione può nascere in un momento successivo a quello in cui il contratto è stato concluso, sicché l'originario debitore può avere contro

---

(55) Nei motivi al § 581 (oggi 688) della *CPO* germanica, è detto che è proprio dello spirito del proc. mon. servire al soddisfacimento di crediti incondizionati, non dipendenti da presupposti più o meno controversi. Cfr. Skedl, *Mahnverf.*, pag. 111.

(56) Cfr. Cod. proc. civ. giapponese, § 382, capoverso; la stessa regola vige, secondo Ott, pag. 287, anche per il *Mandatsverfahren* austriaco; espressamente essa è richiamata nel procedimento per mandato stabilito dalla legge bulgara 30 novembre 1897, n. 206, art. 2 cpv. Si veda anche il § 7 cpv. della *Exek. Ord.* austriaca 27 maggio 1896.

(57) Chiovenda, *Principii*, § 6, III *c*).

(58) Id., pag. 257.

il creditore una *actio contraria*, la disposizione dell'art. 1 cpv. sarà applicabile solamente se la dipendenza della prestazione principale da una controprestazione del creditore resulti espressamente dalla domanda (59). È superfluo poi avvertire che questa disposizione non è mai applicabile ai contratti unilaterali; l'eventuale obbligo del creditore di rilasciare ricevuta o di restituire il titolo di credito al debitore che ha pagato (es. art. 295 Cod. comm.) non ha carattere di controprestazione (60).

15. — ε) Tra i presupposti processuali speciali del procedimento monitorio regolato dal decr. 24 luglio 1922 non è considerato *il valore del credito*, a differenza di quanto dispone la legge austr. 27 aprile 1873 (61), che limita l'ammissibilità del procedimento monitorio ai soli crediti di valore esiguo. L'esiguità di valore del credito è invece condizione di ammissibilità del proced. monitorio regolato dall'ordinamento giudiziario libico (R.D. 20 marzo 1913 n. 239), art. 43 (che riserva questo procedimento ai crediti che non superino le L. 500) e di quella speciale forma di procedimento monitorio penale che è la condanna *per decreto*, regolata dagli artt. 298-302 del Cod. proc. pen.) limitatamente alle ammende che non superino le L. 100) (62).

16. — η) Neppure rientra di regola tra i presupposti processuali del procedimento per ingiunzione disciplinato dal decr. 24 luglio 1922 la affermazione da parte del creditore di una speciale condizione soggettiva che dia al suo credito carattere privilegiato. Il procedimento per ingiunzione ultimamente introdotto ha carattere *soggettivamente generale*, nel senso che le sue condizioni di ammissibilità si desumono esclusivamente dalla natura oggettiva del credito, senza tener conto della professione che esercita il creditore e senza distinguere se titolare del credito sia un privato ovvero sia la pubblica amministrazione. Questo carattere di generalità soggettiva (che il procedimento per

---

(59) Questa è la opinione di SKEDL, op. cit., pag. 111 nota 11, e di STEIN, *Komm.*, § 688, I, 4: il GOLDENRING invece, scritto cit., pag. 460, ritiene che la disposizione non sia mai applicabile ai contratti bilaterali imperfetti.

(60) Cfr. STEIN e GOLDENRING, sopra citati.

(61) Per il § 1 della legge 27 aprile 1873 il proc. mon. era limitato ai crediti di valore non superiore alle 400 corone, cifra aumentata a 1000 corone dalla *GEN* dal 1° giugno 1914 (per le novelle posteriori, cfr. HERMANN, *Die Zivilprozessnovellen*, Wien, 1923). Per la legge 1° aprile 1921 della Rep. czeco-slovacca il proc. mon. è applicabile ai crediti che non superino le 5000 corone; cfr. *retro*, I, n. 6 e note. Anche nel proc. mon. della *CPO* germ. la esiguità del credito non è tra le condizioni di ammissibilità: cfr. STEIN, *Komm.*, § 688, I, 2.

(62) Cfr. *retro*, I, n. 11; CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 1191-1192 e note.

ingiunzione del decr. 24 luglio 1922 ha comune col proc. mon. puro dell'ordinamento libico) merita di essere rilevato perché finora nella nostra legislazione il procedimento monitorio era adottato soltanto come una forma di procedimento privilegiato a favore di determinati professionisti (*retro*, I, n. 11), o a favore della pubblica amministrazione (*retro*, I, n. 13); nei quali casi la speciale condizione soggettiva del creditore rientrava tra i presupposti del procedimento privilegiato.

Giova peraltro avvertire che anche per l'ammissibilità del procedimento ingiunzionale regolato dal decr. 24 luglio 1922 può essere eccezionalmente richiesta la prova di una speciale condizione professionale del creditore: ciò avviene nei casi contemplati dall'ultimo capoverso dell'art. 1 di questo decreto, il quale consente che il procedimento ingiunzionale sia usato anche per quei crediti professionali che finora (ma in misura meno ampia: cfr. oltre, n. 23) potevano esser fatti valere mediante il proc. monitorio dell'art. 379 sopra ricordato.

In questi casi, come vedremo tra breve, la condizione soggettiva del creditore assume il carattere di presupposto processuale speciale *in luogo* del requisito oggettivo della prova scritta del credito.

§ 5. — *c*) Residenza del debitore.

Sommario: 17. La notificazione del decreto dev'esser fatta nel Regno o nelle Colonie.

17. — Per il secondo capoverso dell'art. 1 del decr. 24 luglio 1922, « il procedimento per ingiunzione non è ammesso se la notificazione del decreto, prescritta dall'art. 5, non debba esser fatta nel Regno o nelle Colonie italiane »: e poiché per l'art. 5 il decreto contenente la ingiunzione deve esser fatto notificare al debitore o ai debitori « nelle forme stabilite per l'atto di citazione nel codice di procedura civile », ne viene di conseguenza che il procedimento per ingiunzione non è ammissibile quando, in conformità delle regole contenute nel Cod. proc. civ. per la notificazione delle citazioni, il preteso debitore « non abbia residenza, domicilio o dimora nel Regno » o nelle Colonie, e non abbia nel Regno o nelle Colonie un procuratore generale (art. 142 Cod. proc. civ.). Diremo dunque, inversamente, che uno dei presupposti processuali speciali del procedimento per ingiunzione è che il preteso debitore abbia la residenza o il domicilio ovvero un proprio procuratore generale (art. 872 Cod comm.) nel territorio del Regno o delle Colonie, o che, pur non avendovi né residenza né domicilio, vi si trovi temporaneamente, si che la ingiunzione possa essergli notificata in persona propria (art. 106 n. 2 Cod. proc. civ.).

L'origine di questa disposizione, la cui ragione, come insegna autorevolmente il MORTARA (63), sta nella opportunità di evitare « la lunghezza dei termini che dovrebbero esser conceduti per l'opposizione di chi avesse a ricevere quella notificazione all'estero » (64) nonché « la scarsa garanzia che presentano le forme di notificazione da eseguire all'estero », deve essere ricercata in una disposizione corrispondente dell'ordinamento processuale germanico (65), la quale però dichiara inammissibile il procedimento monitorio non solo nei casi in cui la notificazione dell'ordine di pagamento dovrebbe esser fatta all'estero, ma anche nei casi in cui questa, essendo sconosciuto il domicilio del preteso debitore, dovrebbe esser fatta mediante pubblico proclama (« *durch öffentliche Bekanntmachung* »: *CPO* germ. § 203). Il nostro art. 1 della notificazione mediante pubblicità (art. 141 Cod. proc. civ.) non fa parola: e, quantunque le ragioni che sconsigliano l'ammissione del proc. monitorio nei casi in cui la notificazione dovrebb'esser fatta all'estero esistano *a fortiori* nei casi in cui la notificazione dev'esser fatta per pubblicità, pure, data la chiarissima lettera dell'art. 1 che si riferisce soltanto alla prima forma di notificazione (art. 142), dubito che si possa argomentare per sola analogia la inammissibilità del procedimento per ingiunzione anche nei casi in cui la notificazione debba esser fatta nella forma dell'art. 141 (66).

§ 6. — *d*) PROVA SCRITTA DEL CREDITO.

SOMMARIO: 18. Procedimento monitorio puro e procedimento monitorio documentale. — 19. α) Oggetto della prova scritta. — 20. Prova dei fatti costitutivi del credito. — 21. Prova dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione nel proc. mon. puro. — 22. Id. nel procedimento monitorio documentale. — 23. Applicazione ai crediti dei professionisti legali. — 24. β) Con-

(63) *Appendice*, cit., pag. 79.

(64) In questo senso anche SKEDL, *Mahnverf.*, pag. 112.

(65) *CPO*, § 688 cpv.: « il procedimento monitorio non ha luogo... quando la notificazione dell'ordine di pagamento deve esser fatta all'estero o mediante pubblico proclama ». La legge austr. 27 aprile 1873, § 3 è anche più rigorosa perché vieta di rilasciare l'ordine di pagamento contro persone « il cui domicilio è ignoto, o alle quali la notificazione dovrebbe esser fatta fuori della circoscrizione, in cui ha la sua sede il tribunale distrettuale competente all'emanazione dell'ordine di pagamento ».

(66) L'inammissibilità del proc. per ingiunzione anche nel caso dell'art. 141 Cod. proc. civ., si potrebbe se mai argomentare, anziché dall'art. 1, dall'art. 2 del decr. 24 luglio 1922, in quanto prescrive che nel ricorso sia indicata « la residenza o la dimora... del debitore »; se dal ricorso apparisse che il debitore non ha residenza o dimora conosciuta, il giudice potrebbe forse dichiarare il ricorso inammissibile per mancanza di un requisito formale.

cetto ed efficacia della prova scritta. — 25. γ) Natura di questa prova in relazione agli speciali caratteri del procedimento.

18. — Il procedimento monitorio *puro*, in quanto la sua ammissibilità è condizionata alla esistenza di speciali requisiti del diritto vantato dal creditore (fungibilità dell'oggetto, liquidità, esigibilità, ecc.) non richiede che questi requisiti siano preventivamente provati, ma si limita a chiedere che essi siano *affermati* nella domanda di ingiunzione. Sul creditore che si vuol servire del procedimento monitorio puro non grava dunque l'onere di *provare*, ma solamente l'onere di *affermare* gli elementi di fatto dai quali resulta che il credito è idoneo a quella speciale forma di procedimento: se questa affermazione manca, la domanda di ingiunzione sarà dichiarata inammissibile per mancanza dei requisiti non espressamente affermati; ma se quest'affermazione c'è, il giudice non potrà respinger la domanda per mancanza di prove (67), perché il procedimento monitorio puro, per giungere all'accertamento del diritto vantato dal creditore, esonera il creditore dal fornire la prova preventiva e « specula » in anticipo (68) (e questo è il suo carattere tipico) sulla supposta mancanza di tempestiva contraddizione da parte del preteso debitore.

Il procedimento per ingiunzione, introdotto in Italia dal decr. 24 luglio 1922, si allontana su questo punto, come precedentemente si è dimostrato (*retro*, I, n. 8), dal procedimento monitorio puro della legge austr. 27 aprile 1873 e della *CPO* germanica (imitata poi dal Cod. proc. civ. giapponese, §§ 382-395); e, combinando coi caratteri proprî del procedimento monitorio puro un requisito tolto dal procedimento documentale (*Urkundenprozess*: §§ 592 e segg. della *CPO* germ.), assume quella struttura ibrida che la legislazione austriaca conosce sotto il nome di procedimento per mandato (*Mandatsverfahren*: §§ 548 e segg. *CPO* austr. e legge bulgara 30 novembre 1897) e che noi abbiamo denominato procedimento *monitorio-documentale* (*retro*, I, n. 6 e segg.

Il requisito che il nostro procedimento per ingiunzione ha mutuato dal processo documentale, si riferisce non già ai caratteri di pronta soluzione con cui il credito deve apparentemente presentarsi, ma alla prova della effettiva esistenza di questi caratteri: l'accertamento dei quali non si basa più soltanto *a posteriori* sulla preclusione del diritto d'opposizione spettante al debitore, ma si basa altresì sulla prova dei fatti costitutivi del diritto che il creditore deve *a priori* fornire al giudice quando gli presenta la domanda di ingiunzione.

---

(67) Cfr. GOLDENRING, scritto cit., pag. 461.

(68) L'espressione è dello SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 93.

Questa deviazione dalla tipica struttura del procedimento monitorio puro non si arresta qui: non soltanto, infatti, il procedimento per ingiunzione quale è disciplinato dal decr. 24 luglio 1922 esige una prova là dove il procedimento monitorio puro si contenta di una semplice affermazione; ma esige altresì che questa prova sia *scritta*: l'art. 1 del ricordato decreto dice che l'ingiunzione può essere pronunciata solamente se il credito sia « fondato su prova scritta, valida secondo le norme del Codice civile o del Codice di commercio ». Così l'esistenza di una prova scritta di quei caratteri del credito che costituiscono altrettanti presupposti processuali speciali del procedimento per ingiunzione viene ad essere a sua volta un ulteriore presupposto processuale speciale, cioè un'altra condizione di ammissibilità di questa forma di procedimento; se questa prova manca, il creditore potrà ugualmente pervenire, mediante altri mezzi di prova ed in altra sede, a far condannare il debitore, ma non potrà servirsi per raggiungere il suo scopo di questa speciale forma di condanna, che è l'ingiunzione.

19. — α) Il primo problema che si presenta a chi voglia intendere la portata dell'art. 1 in relazione al requisito della prova scritta, concerne l'*oggetto* di questa prova: quali siano, cioè, i fatti che il creditore deve provare mediante scritture per ottenere la ingiunzione da lui domandata. Il nostro art. 1 adopra, per delimitare questo oggetto, una frase non troppo precisa: il credito deve essere « fondato su prova scritta », ossia, per dirla con locuzione più esatta ma in sostanza equivalente, deve mediante scritture esser provato il « fondamento » del credito, i fatti su cui il credito si fonda. Simile è infatti la locuzione adoprata per esprimer lo stesso concetto dall'ordinamento processuale germanico, il quale tra le condizioni di ammissibilità del processo documentale esige anche « che tutti i fatti occorrenti per il fondamento del credito (*Anspruch*) possano essere provati mediante documenti » (69); né molto diversa è quella adoprata dalla *CPO* austriaca per determinare l'ammissibilità del *Mandatsverfahren* (70).

La disposizione dell'art. 1, la quale addossa al creditore, che voglia servirsi del procedimento per ingiunzione, l'onere di provare mediante scritture l'esistenza a suo favore di un diritto avente le qualità richieste da questa forma di procedimento, costituisce un notevole aggravamento di quell'onere della prova che l'art. 1312 Cod. civ. attribuisce

---

(69) *CPO* germ., § 592: « *wenn die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können* ».

(70) *CPO* austr., § 584: « *... wenn alle Tatsachen, auf welche der Anspruch des Klägers... sich gründen...* »; cfr. POLLAK, *System*, II, 667; NEUMANN, *Komm.*, II, pag. 1577; OTT, scritto cit., 287 e segg.

in genere ad ogni attore: poiché quegli stessi fatti costitutivi del diritto, per provare i quali nel processo ordinario l'attore può servirsi di qualsiasi mezzo di prova, debbono necessariamente nel processo per ingiunzione, in quanto siano condizioni di ammissibilità di questa forma di procedimento, esser provati con documenti, ad esclusione di tutte le prove, cosiddette *semplici*, che si possono costruire nel corso del giudizio ordinario (71).

Ma se l'onere della prova viene ad essere, da un lato, notevolmente aggravato in forza di questa *limitazione dei mezzi probatorî* (la quale, si intende, si riferisce alla sola fase iniziale del procedimento per ingiunzione, alla fase, cioè, che si svolge senza contraddittorio: ché, se la successiva opposizione del debitore dà luogo all'apertura del contraddittorio, in questo anche per il creditore torna ad esser libera come nel processo ordinario la scelta dei mezzi di prova), si deve considerar d'altro lato che chi si vuol valere del procedimento per ingiunzione non è tenuto a provare con scritture tutti indistintamente i fatti di cui nel processo ordinario sarebbe tenuto a dar la prova senza limitazione di mezzi (72), ma è tenuto a provare con scritture solamente una categoria di essi, cioè quelli, concernenti l'esistenza del credito e la speciale natura della prestazione, che costituiscono altrettanti presupposti processuali di questa forma di procedimento: per tutte le altre categorie di fatti, conserva intero il suo vigore (in quanto non si tratti di fatti che il giudice deve verificare d'ufficio) il principio, proprio del processo monitorio puro, che sul creditore grava non l'onere della prova, ma il semplice onere della affermazione (cfr. oltre, nn. 20-21).

20. — Abbiamo detto che il creditore deve provare mediante scritture l'esistenza a suo favore di un diritto fornito di quegli speciali requisiti (*retro*, nn. 6-15) che costituiscono altrettanti presupposti processuali speciali del procedimento per ingiunzione. Per determinare quali siano in particolare i fatti in cui la prova di questa esistenza si concreta, bisogna cercar la risposta nell'art. 1312 del Cod. civ., e più, data la incompletezza di questa disposizione, nelle teorie, comu-

---

(71) Si capisce che anche nel procedimento monitorio documentale conserva pieno vigore la regola del processo ordinario per la quale non hanno bisogno di prova (e quindi neanche di prova scritta) i fatti notorî: cfr. per l'*Urk. Proc.* germanico, STEIN, *Urk. Pr.*, § 18, III; *Komm.*, § 592, IV, 5; HELLWIG, *System*, § 251, I, 2, *c*. Del pari si applicano a questo procedimento i principii concernenti il potere del giudice in materia di norme giuridiche (*iura novit curia*) e di massime di esperienza, nonché i limiti di questo potere nel caso di norme consuetudinarie o straniere: cfr. anche qui STEIN, *Urk. Pr.*, § 18, IV; *Komm.*, § 592, IV, 6.

(72) Cfr. per il proc. documentale (*Urkundenprozess*), HELLWIG, *System*, II, pag. 56 (§ 251, I, 2).

nemente accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, intorno alla ripartizione dell'onere della prova: vige, cioè, anche nel procedimento per ingiunzione, la regola che all'attore incombe l'onere di provare i fatti costitutivi specifici del suo diritto, non anche i fatti costitutivi generici (ossia la mancanza dei cosiddetti fatti impeditivi) e non la mancanza di fatti estintivi del diritto medesimo (73); e tutte le soluzioni di specie che da questi principî sono state desunte per risolvere controversie nate nel processo ordinario, possono essere applicate senza variazioni (in quanto norme speciali non dispongano altrimenti) al processo per ingiunzione (74).

Nella prova documentale dei fatti costitutivi specifici del credito è contenuta naturalmente anche la prova della fungibilità e della liquidità del suo oggetto. Per quanto attiene alla esigibilità del medesimo (*retro*, nn. 13-14), non spetta al creditore, che abbia provato i fatti costitutivi specifici del suo diritto, provare altresì in ogni caso che questo diritto non è sottoposto né a termine né a condizione sospensiva; ma se dalla sua domanda, o dalla prova dell'esistenza del credito da lui fornita, risulta l'esistenza di un termine o di una condizione, allora egli dovrà provare anche, sempre mediante scrittura, che il termine è scaduto o che la condizione si è verificata (75) (76).

---

(73) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 55; HELLWIG, *System*, I, § 157.

(74) Per il pr. documentale, STEIN, *Urk. Pr.*, § 18, pag. 126.

(75) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 793-794; per il processo documentale germanico, cfr. STEIN, *Urk. Pr.*, § 18, pag. 129; e *Komm.*, § 592, IV, 1; HELLWIG, *System*, II, § 251, I, 2, *b* e nota 4 a pag. 58; per il *Mandatsv.* austr., NEUMANN, *Komm.*, II, pag. 1578, *c. d.*; OTT, scritto cit., pag. 290.

(76) Un caso interessante, e che può di frequente presentarsi nella pratica, è quello supposto da OTT (pag. 290) di un mutuo ad interesse, nel quale siasi convenuto che la mora del mutuatario al pagamento di una rata di interessi dia diritto al mutuante di richieder la immediata restituzione dell'intero capitale. Verificandosi questa ipotesi, il mutuante che voglia valersi del procedimento monitorio per ottenere la restituzione del capitale, dovrà provare il mancato pagamento degli interessi? OTT ritiene di no, perché, a suo avviso, non grava sull'attore la prova negativa della mancanza di un fatto (regolare pagamento degli interessi) che ostacolerebbe, se esistesse, il suo diritto a richieder l'intero capitale. Ma io credo che si debba seguir la soluzione contraria; il diritto del mutuante a ottener la restituzione immediata del capitale è nato sottoposto a una condizione sospensiva negativa (« se il mutuatario non pagherà gli interessi alla scadenza »): spetta dunque al creditore, se dal contratto risulta questa condizione, provare che essa si è verificata. Né varrebbe opporre che, secondo l'art. 1312, la prova del pagamento incombe sul debitore: qui il tempestivo pagamento degli interessi non viene in considerazione come fatto estintivo del diritto del creditore a ottenere il pagamento della rata di interessi già maturata, ma come fatto costitutivo specifico di un altro diritto, cioè del diritto del creditore alla restituzione del capitale: e come tale dev'essere provato da lui.

Una disposizione notevole dal punto di vista dell'onere della prova è quella del primo capoverso dell'art. 1, che abbiamo già esaminata da un altro punto di vista (*retro*, n. 14). Fin da allora si notò che se l'adempimento di una obbligazione dipende da una controprestazione da eseguirsi *in precedenza* (*Vorleistung*), il credito non diventa esigibile finché questa prestazione non sia stata eseguita: cosicché se dalla prova scritta fornita dal creditore risultasse una siffatta dipendenza del credito da *precedente* controprestazione, la regola posta più sopra a proposito della prova della esigibilità ci porterebbe a concludere, senza bisogno di speciale disposizione di legge, che il creditore in questo caso sarebbe tenuto altresì, per dimostrare la esigibilità del suo diritto, a provare mediante scritture di aver già eseguito in precedenza la controprestazione a lui facente carico (77). A diversa conclusione dovremmo giungere, se la legge espressamente non disponesse altrimenti, in quei contratti bilaterali nei quali le due reciproche obbligazioni debbono essere adempiute contemporaneamente, l'una in cambio dell'altra (*Leistung Zug um Zug*): qui infatti, la reciproca interdipendenza dei due crediti non toglie a nessuno dei due il requisito della immediata esigibilità, e fa soltanto sorgere nel contraente a cui vien richiesto l'adempimento della sua obbligazione il diritto di eccepire all'altro contraente la mancata esecuzione della controprestazione (*exceptio non adimpleti contractus*); talché, applicando le regole comuni sulla repartizione dell'onere della prova, il creditore, che nel procedimento per ingiunzione è tenuto a dar la prova scritta dei soli fatti costitutivi specifici del suo diritto, non potrebbe mai esser tenuto a provare preventivamente l'esecuzione della controprestazione a lui facente carico, perché questa esecuzione non è un fatto costitutivo del suo credito, ma è un fatto estintivo del controdiritto spettante in via di eccezione al debitore (78).

Senonché, mentre a questa conclusione si dovrebbe giungere applicando i principii generali (79), diversamente dispone il capoverso dell'articolo 1, il quale, ogniqualvolta risulti a favore del debitore l'esistenza di un diritto a una controprestazione sul quale egli potrebbe

---

(77) HELLWIG, II, pag. 58 nota 4 cit.; STEIN, *Komm.*, § 592, IV, 3.

(78) Sulla natura di vera eccezione, in senso sostanziale, della cosid. *exceptio inadimpleti contractus*, cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 273.

(79) A questa conclusione giungono infatti i commentatori del § 592 della *CPO* germ. che non contiene una disposizione simile a quella del cpv. dell'art. 1 decr. 24 luglio 1922: cfr. STEIN, *Urk. Pr.*, pag. 131; *Komm.*, § 592, IV, 3; HELLWIG, *System*, II, pag. 58 nota 4. Nel *Mandatsverfahren* austr., invece, quantunque anche in esso manchi una simile disposizione, la dottrina ritiene che un credito condizionato a una controprestazione non possa mai esser fatto valere: cfr. NEUMANN, II, pag. 1578; OTT, pag. 287.

basare una *exceptio inadimpleti contractus*, esige che il creditore dimostri in anticipo con prova scritta che questa controprestazione « fu regolarmente eseguita ». L'art. 1 attribuisce così al creditore l'onere di provare preventivamente un fatto che egli nel processo ordinario sarebbe tenuto a provare solamente in via di replica, nel caso in cui il convenuto sollevasse la *exceptio inadimpleti contractus*: questa anticipazione di prova, la quale assicura (con molta probabilità se non con assoluta certezza (80) che il procedimento per ingiunzione non sarà intralciato dalle complicazioni nascenti da siffatta eccezione, sembra una deviazione dal principio fondamentale che addossa all'attore l'onere di provare i soli fatti costitutivi specifici del suo diritto (81); ma si giustifica quando si ricordi che la esecuzione della controprestazione, se non si può considerare in alcun modo come un fatto costitutivo del credito, è però considerata dalla legge come un presupposto processuale speciale del procedimento per ingiunzione, e *come tale* deve esser provata da chi si vuol servire del procedimento stesso.

21. — Abbiamo parlato finora della prova dei fatti relativi alla esistenza del diritto di credito vantato dal ricorrente; ma nel processo non viene in considerazione soltanto questa categoria di fatti. L'esistenza di un diritto sostanziale costituisce una delle condizioni dell'azione di condanna; ma perché l'azione esista devono concorrere altresì le condizioni della *legitimatio ad causam* e dell'interesse, l'esistenza delle quali può concretarsi in determinate circostanze di fatto. D'altra parte, affinché il giudice possa decidere il merito, occorre che il rapporto processuale sia validamente costituito, ossia che sussistano in concreto quei fatti che la legge considera condizioni di validità di ogni rapporto processuale (presupposti processuali generali). Orbene: in che rapporto sta con queste categorie di fatti (relativi alla esistenza delle altre condizioni dell'azione, relativi alla esistenza dei presupposti processuali generali) la regola, propria del procedimento monitorio puro, che il

---

(80) Non è escluso, infatti, che il debitore, in sede di opposizione, riesca a dimostrare che la controprestazione non fu validamente eseguita e che quindi egli può difendersi ancora colla *exceptio inadimpleti contractus*.

(81) Una consimile deviazione si ha nel cpv. del § 549 *CPO* austr., secondo il quale « per i crediti, ai quali potrebbe essere opposta la eccezione di prescrizione, l'ordine di pagamento può essere emanato solamente quando sia provata nella domanda mediante documenti la interruzione o la sospensione della prescrizione ». Qui dunque, si attribuisce all'attore l'onere di provare preventivamente la inesistenza di un fatto estintivo (prescrizione) del diritto da lui vantato (Ott, scritto cit., pag. 291): ossia, per dir meglio, l'onere di provare preventivamente l'esistenza di un fatto estintivo (interruzione o sospensione) di quel diritto di eccepire la prescrizione, che il convenuto non ha ancor fatto valere.

creditore, in mancanza di opposizione del debitore, ha l'onere di affermare, ma non anche l'onere di provare, i fatti costitutivi del suo credito? e in che rapporto sta, colle suddette categorie di fatti, l'altra regola, propria del procedimento monitorio-documentale, secondo la quale il ricorrente deve dare, dei fatti costitutivi del suo credito, la prova scritta?

La risposta al primo quesito è tutt'altro che semplice: perché entrano qui in giuoco principî diversi e collidenti, tra i quali occorre trovare una via di coordinazione e di conciliazione. Il principio fondamentale del procedimento monitorio puro è, come sappiamo, questo: che i fatti affermati dal ricorrente valgono come veri senza bisogno di prova, in quanto il debitore non ne contesti la verità mediante opposizione alla ingiunzione. Questa regola, però, non ha efficacia oltre quei limiti che il sistema probatorio civile segna al principio dispositivo: al processo monitorio puro, cioè si può adattare senza riserve la norma, propria del diritto germanico (§ 331 *CPO*) e del diritto austriaco (§ 396 *CPO*), che in contumacia del convenuto i fatti affermati dall'attore valgono come confessati, purché, come per il processo contumaciale (82), essa sia intesa limitatamente a quelle sole categorie di fatti la cui confessione ha l'effetto di vincolare il giudice; mentre questa norma vien meno, anche nel processo monitorio, per quei fatti che il giudice ha il dovere d'accertare d'ufficio (83).

La regola, propria del processo monitorio puro, secondo la quale i fatti affermati dal creditore valgono, in mancanza di opposizione, come veri, non si estende, dunque, ai fatti concernenti i presupposti processuali, per i quali nel processo ordinario vige normalmente il principio che il giudice deve accertarne d'ufficio la esistenza (84): i poteri del giudice in relazione all'esistenza dei presupposti processuali generali non sono diversi, nel procedimento monitorio, dai poteri che il giudice ha a questo scopo nel procedimento ordinario. Se, pertanto, nello stesso ricorso del credito fosse affermata qualche circostanza di fatto da cui potesse desumersi la mancanza di un presupposto processuale (se, ad esempio, lo stesso creditore si dichiarasse minorenne e quindi processualmente incapace), il giudice dovrebbe rilevare d'ufficio questa mancanza e respingere senz'altro la domanda; viceversa, se nel ricorso il creditore affermasse qualche circostanza volta a di-

---

(82) Cfr. per il processo germanico, HELLWIG, *System*, § 198, II, 2, *b*; STEIN, *Grundriss*, § 69, III, 2 (cfr. anche *CPO*, § 335, I); per il pr. austriaco, NEUMANN, *Komm.*, II, pagg. 1237-1238.

(83) Cfr. HELLWIG, *System*, § 143; STEIN, *Das private Wissen des Richters*, pag. 92 e segg.

(84) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 737.

mostrare l'esistenza di un presupposto processuale, il giudice non potrebbe esimersi dal valutare l'efficacia di tale affermazione col pretesto che nel processo monitorio i fatti affermati dal creditore si hanno per veri fino a che il debitore non si opponga: e, pur senza poter ordinare speciali mezzi istruttorî per accertare la verità di tale affermazione (85), dovrebbe d'ufficio esaminarne la attendibilità e tener conto di questa semplice affermazione in quella stessa misura in cui ne avrebbe tenuto conto in un procedimento ordinario (86). Onde, se nel processo ordinario fosse prescritto che la esistenza di un determinato presupposto processuale debba risultar da scrittura (per es. la procura *ad litem*: art. 48 Cod. proc. civ.), il giudice non potrebbe nel procedimento monitorio (in mancanza di disposizioni speciali: per es., § 703 *CPO* germ.) contentarsi della semplice affermazione del medesimo.

Tuttavia la regola, finora esposta, per la quale in tema di presupposti processuali il giudice non è vincolato dalla semplice affermazione del creditore, vien meno non soltanto di fronte a quei difetti processuali che un'espressa disposizione di legge vieta al giudice di rilevare d'ufficio (per es. la incompetenza territoriale, e le eccezioni processuali in generale), ma anche in quei casi in cui il fatto dal quale si può desumere la esistenza di un presupposto processuale appartenga al rapporto di diritto sostanziale da cui scaturisce il credito fatto valere dal ricorrente: dato che per i fatti appartenenti al rapporto sostanziale ha pieno vigore il principio dispositivo, la semplice affermazione del debitore è sufficiente per ritenerli come veri anche agli effetti puramente processuali (vedremo a suo tempo una applicazione di questa regola alla competenza assoluta, oltre n. 32).

Quest'ultima considerazione vale, nel procedimento monitorio puro, anche per le condizioni dell'azione diverse dall'esistenza del diritto (*legitimatio ad causam*, interesse); vige infatti anche per esse il principio che il giudice deve rilevarne d'ufficio la mancanza (87), ma solamente in quanto i fatti in cui tale mancanza si concreta siano

---

(85) Chiovenda, *ibidem*; e Schmidt, *Lehrbruch*, 2ª ed., pag. 668, n. 3, da lui citato.

(86) Opportunamente Stein, *Komm.*, § 691, I, 3, avverte che l'esame della esistenza dei presupposti processuali generali nel proc. monitorio « ha luogo soltanto in base al ricorso, cioè alle affermazioni del creditore, senza sentire il debitore. Ma poiché per i presupposti processuali queste affermazioni potrebbero non sembrar sufficienti, così è nell'interesse del creditore allegare i corrispondenti documenti, poiché altrimenti, quando nascono dubbî, l'ordine di pagamento non può essere emanato »; cfr. anche Goldenring, scritto cit., pag. 472; Skedl, op. cit., pag. 152.

(87) Chiovenda, *Principii*, § 5, VII.

desumibili dal tenore stesso del ricorso. Se, al contrario, il creditore ha affermato nel suo ricorso la esistenza di fatti appartenenti al rapporto sostanziale da cui, se fossero veri, risulterebbero la legittimazione attiva e passiva e l'interesse, il giudice non ha potere di valutare la veridicità di tali affermazioni, perché si tratta di fatti che, in mancanza di opposizione del debitore, valgono come confessati.

22. — Quanto abbiamo detto sopra intorno alla prova dei presupposti processuali generali nel proc. monitorio puro, vale senza limitazioni anche per il proc. mon. documentale: la speciale disposizione, propria di questo tipo di procedimento, che esige la prova scritta dei fatti costitutivi del credito non si estende agli altri fatti da cui si desume in generale la validità del rapporto processuale: così si insegna per l'*Urkundenprozess germanico* (88) e per il *Mandatsverfahren* austriaco (89), e così deve ritenersi anche per il nostro procedimento ingiunzionale regolato dal decr. 24 luglio 1922.

Più difficile si presenta invece, nel processo monitorio documentale, la questione della prova delle condizioni dell'azione: quantunque il § 592 della *CPO* germ. e il § 548 della *CPO* austr. si limitino a richiedere, come l'art. 1 del nostro decr. 24 luglio 1922, la prova scritta dei fatti costitutivi del credito (*Anspruch*) e non già la prova scritta delle condizioni dell'azione, pure la dottrina sembra inclinata a ritenere che il creditore, qualora voglia valersi dell'*Urkundenprozess* o del *Mandatsverfahren*, non possa limitarsi a provar per iscritto la esistenza del suo credito nel campo del diritto sostanziale (90), ma debba altresì dare la prova *scritta* delle altre condizioni necessarie per ottener nel processo una sentenza di condanna, nei limiti in cui nel processo ordinario incomberebbe su di lui l'onere di provarle con qualsiasi mezzo di prova. Ciò vale specialmente per la legittimazione ad agire attiva e passiva (*legitimatio ad causam*): l'ordinamento processuale austriaco espressamente prescrive, nel § 549 (conf. art. 3 della legge bulgara 30 novembre 1897) che quando chi si vale del *Mandatsverfahren* agisce in qualità di successore (erede, cessionario) del creditore originario o contro il successore dell'obbligato originario, egli deve provare *per iscritto* non solo l'esistenza del rapporto giuridico iniziale, ma anche il successivo passaggio; ma, anche all'infuori di questo caso espres-

---

(88) Cfr. Stein, *Komm.*, § 592, IV, 2 in fine; § 595, IV; § 597, IV; e *Urk. Pr.*, § 18, V; Hellwig, *System*, II, § 251, I, 2; e nello stesso § 251, II, 4, *c.*

(89) Ott, scritto cit., pag. 291; Neumann, *Komm.*, II, pag. 1578.

(90) Cfr. Stein, *Urk. Pr.*, § 18, I, pag. 126. Nel *Grundriss*, Stein insegna che chi si vuol servire dell'*Urk. Pr.* deve provare per iscritto il *Klagegrund*, il quale comprende anche la legittimazione e l'interesse (cfr. ivi § 46).

samente contemplato dalla legge, e anche sotto l'impero dell'ordinamento germanico che non contiene una disposizione cosiffatta, la dottrina considera in generale come condizione di ammissibilità del procedimento documentale la prova scritta della legittimazione, pur riconoscendo che questa prova, specialmente quando si tratta di legittimazione passiva, toglie assai volte ogni praticità a questa forma di procedimento (91). Non credo utile, data l'indole di questo lavoro, passare in rassegna ad uno ad uno tutti i casi di specie che gli scrittori tedeschi ed austriaci raggruppano sotto il concetto di legittimazione (92); né credo che, in mancanza di espresse disposizioni, si possa nel nostro diritto enunciare una regola generale che serva a risolvere tutti i possibili casi. Talvolta, infatti, la prova della legittimazione attiva o passiva si confonde colla prova della esistenza del credito: per provare che un credito esiste bisogna anche provare chi sono in concreto, indipendentemente dal processo, i soggetti del corrispondente rapporto giuridico sostanziale, e non v'ha dubbio che questa prova della titolarità del credito (di quella che HELLWIG, *System*, II, § 251, I, 2, *a*, α, chiama « *die aktive und passive Rechtszuständigkeit* »): la appartenenza attiva e passiva del diritto di credito) rientra tra quei fatti costitutivi di esso, di cui, per l'art. 1 del decr. 24 luglio 1922, il creditore deve dare la prova scritta (*retro*, n. 20).

Lo stesso si può dire nei casi in cui il credito deriva da un negozio giuridico compiuto per mezzo di un rappresentante: qui in tanto il credito esiste, in quanto esiste il mandato; la prova del quale è quindi soggetta alle stesse norme che disciplinano la prova degli altri fatti costitutivi del diritto (93). Altra volta invece la prova della legittimazione si confonde con quella della sostituzione processuale, o, secondo la teoria che si preferisce intorno a questo istituto, della rappresentanza processuale: onde il decidere se sia richiesta o no la prova scritta può dipendere dal modo con cui si prospetta nel caso concreto uno stesso fenomeno, facendolo rientrare nella categoria delle condizioni dell'azione o in quella dei presupposti processuali.

La stessa difficoltà di enunciare una soluzione generale si ha in tema di interesse ad agire; qualche autore afferma esplicitamente che tra i fatti di cui il creditore deve nel procedimento documentale dare la prova scritta non rientrano quelli da cui si desume l'esistenza dell'in-

---

(91) Cfr. STEIN, *Urk. Pr.*, pag. 127 e nota 5 (caso di una cambiale firmata da un procuratore), e pag. 130.

(92) Cfr. STEIN, *Komm.*, § 592, IV, 2; *Urk. Pr.*, pag. 127 e segg.; *Grundriss*, § 112, II, 2; OTT, scritto cit., pagg. 289-290; NEUMANN, *Komm.*, II, pag. 1578.

(93) Cfr., oltre gli autori citati nella nota precedente, HELLWIG, *System*, II, pag. 58 in alto.

teresse ad agire (94); ma d'altra parte molte volte la prova dell'interesse ad agire è tutt'una cosa colla prova della esigibilità del credito, di cui si è già parlato (*retro*, n. 20).

Senza dire, poi, che assai volte la questione della legittimazione o dell'interesse ad agire è una mera questione di diritto: onde non è neppure il caso di parlare di prova in relazione a questi due punti.

23. — Sappiamo già che per quelle forme di procedimento monitorio puro che hanno carattere privilegiato a favore di determinate categorie di persone, la speciale condizione soggettiva del creditore costituisce un presupposto processuale (*retro*, n. 16). L'esistenza di questa speciale condizione soggettiva dev'essere dunque provata (non soltanto affermata: perché è una circostanza che sfugge al principio dispositivo) dal creditore (95) e verificata d'ufficio dal giudice: il quale però, nella massima parte dei casi, troverà sufficiente motivo di certezza nella semplice affermazione del creditore, sia per il carattere ufficiale che ha la ingiunzione emanante dalla pubblica amministrazione nei casi del proc. coattivo del T.U. 14 aprile 1910, art. 3) (96), sia per il fatto che, nei casi di proc. monitorio *ex* art. 379 Cod. proc. civ., il giudice di solito conosce d'ufficio la condizione professionale del creditore e la sua appartenenza al collegio dei professionisti esercenti in quella circoscrizione (97).

Senonché per il cpv. dell'art. 1 del decr. 24 luglio 1922 i professionisti indicati dagli artt. 103 e 379 Cod. proc. civ. possono servirsi per i loro crediti professionali non soltanto del procedimento monitorio puro privilegiato, regolato dallo stesso art. 379 (ora completato dal decr. luog. 27 ottobre 1918), ma anche del procedimento ingiunzionale generale, introdotto dal suddetto decreto. Ora si può domandare: nei casi in cui un creditore, appartenente a una delle categorie di professionisti enumerate dagli artt. 103 e 379 Cod. proc. civ., voglia per un suo credito professionale servirsi, anziché del procedimento monitorio privilegiato, del procedimento monitorio generale introdotto dal decr. 24 luglio 1922, dovrà anch'egli sottostare alla disposizione di questo decreto che esige, nei limiti sopra studiati, la prova scritta dei fatti costitutivi del credito?

---

(94) *Rechtschutzgrund, Klageveranlassung*: cfr. HELLWIG, *System*, § 251, I, 2, *a*, β; STEIN, *Urk. Pr.*, pag. 129; NEUMANN, *Komm.*, II, pag. 1578.

(95) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1193.

(96) Cfr. la mia *Rassegna*, cit., pag. 217, n. 7.

(97) È un caso di quella specie di notorietà (*Gerichtskundigkeit*) che si verifica per i fatti conosciuti dal giudice per ragioni di ufficio; cfr. HELLWIG, *System*, § 205, I, 5, *c*, α).

A sentire l'INDRI (98), parrebbe di sì: in tal caso la prova scritta sarebbe costituita, a detta di questo autore, « dalla nota contenente la specificazione delle prestazioni con l'ammontare del credito che si pretende ». Ma in questa affermazione è contenuto evidentemente almeno un errore: quello di credere che la notula delle prestazioni professionali, compilata da un avvocato o da altro professionista appartenente alle categorie dell'art. 103 Cod. proc. civ., possa costituire di per sé stessa una prova scritta nel senso voluto dal decr. 24 luglio 1922, cioè (cfr. oltre, n. 25) una scrittura facente prova del credito *a favore di colui che l'ha redatta.* Il principio singolare, contenuto nell'art. 48 del Cod. comm., secondo il quale i libri di commercio tenuti regolarmente possono far prova in giudizio a favore di quelli che li hanno tenuti, non si estende, ch'io mi sappia, ai professionisti legali: onde le scritture da essi provenienti in materia di prestazioni professionali hanno, agli effetti probatorî, il valore di mere affermazioni unilaterali, che rientrano sotto il vecchio principio che « *perniciosum est ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit* » (l. 7 C. *de prob.* IV, 19).

Se dunque anche ai crediti professionali, quando siano fatti valere mediante il processo ingiunzionale del decr. 24 luglio 1922, si dovesse applicare la disposizione di questo decreto che esige la prova scritta del credito, la prova che il professionista creditore dovrebbe fornire al giudice per ottener l'ingiunzione non potrebbe esser diversa e meno rigorosa di quella richiesta, in questa forma di procedimento, per tutti gli altri crediti di natura civile: il professionista dovrebbe cioè, per dire il caso più frequente e più ovvio di prova scritta, provare l'esistenza di un credito liquido ed esigibile a sua favore mediante scritture provenienti dal cliente debitore; il che, come ognuno intende, renderebbe la prova sommamente disagevole e impedirebbe praticamente nella massima parte dei casi ai professionisti legali di servirsi di questa forma di procedimento ingiunzionale.

Senonché io credo che alla stessa conclusione alla quale giunge l'INDRI per una via evidentemente erronea, si possa pervenire rettamente per altro cammino: quando, cioè, si ritenga che i professionisti legali ed assimilati, se per i loro crediti professionali vogliono servirsi, anziché del procedimento dell'art. 379 Cod. proc. civ., di quello del decr. 24 luglio 1922, siano esonerati, *anche in questa seconda forma di procedimento monitorio,* dal fornire la prova scritta del credito. A questa conclusione mi porta innanzi tutto il considerare che le ragioni per le quali il legislatore, mosso da speciale ossequio per la

(98) Scritto cit., pag. 33; conforme COGLIOLO T., in *Mon. Trib.*, 1923, pag. 34. [Cfr., ora, LUCARINI, *L'ingiunzione italiana*, n. 9]

condizione professionale del creditore, volle coll'art. 379 Cod. proc. civ. concedere a certe categorie di professionisti un procedimento privilegiato per costruire un titolo esecutivo basato sulla semplice affermazione unilaterale, sussistono invariate anche dopo l'entrata in vigore del decr. 24 luglio 1922, il quale non può avere di fronte alle affermazioni dei professionisti legali ed assimilati questa stessa diffidenza che, esigendo, nel primo comma dell'art. 1, la prova scritta del credito, dimostra di avere di fronte alle affermazioni dei creditori in genere. In secondo luogo la stessa lettera dell'art. 1 fa intendere che il requisito della prova scritta, di cui parla il primo comma, non si estende ai crediti professionali di cui parla l'ultimo capoverso: nel quale, mentre i commi precedenti si riferiscono al procedimento ingiunzionale ammesso per i crediti non professionali « fondati su prova scritta », è detto semplicemente che « il procedimento medesimo può essere usato per i crediti... professionali, ecc. », senza alcuna menzione del requisito di siffatta prova; il che dimostra che il carattere professionale del credito sostituisce qui il requisito della prova scritta, mentre, se anche i crediti professionali fossero qui sottoposti a questa condizione, sarebbe stato superfluo fare ad essi espresso richiamo.

In conclusione, nel cpv. ultimo dell'art. 1 si ha il singolare fenomeno di un procedimento monitorio-documentale (il quale differisce dal proc. mon. puro non solo per le diverse condizioni di ammissibilità ma anche per la diversa ulteriore struttura) (99) ammesso eccezionalmente per crediti che non appaiono fondati su alcun documento (100).

24. — β) Per finir di accennare alle questioni che possono nascere intorno al requisito della prova scritta del credito, resta da dire qualcosa intorno alle varie categorie di scritture che l'art. 1 del decr. 24 luglio 1922 intende comprendere sotto il concetto generico di « prova scritta ».

La locuzione di « prova scritta » adoprata da questo articolo esclude innanzitutto tutti quei mezzi di prova che, senza essere scritture, corrispondono però al concetto di documento in senso lato (101) come potrebbero essere, ad esempio, le tacche o taglie di contrassegno dell'art. 1332, che inesattamente il nostro codice civile fa rientrare

---

(99) Cfr. *retro*, I, nn. 9 e 12.

(100) Cfr., sull'argomento, PARRELLA, *Il proc. mon. per i crediti dei professionisti legali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, parte II, pag. 42 e segg.; giustamente l'egregio Autore (ivi n. 26) considera il preventivo parere del Consiglio dell'ordine degli avvocati come un presupposto processuale speciale di questa forma di procedimento.

(101) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 842; CARNELUTTI, *Prova civile*, pag. 224.

sotto la epigrafe « *della prova per iscritto* » (102). Ma, purché la prova fornita abbia il carattere di una scrittura intelligibile al giudice (103), l'art. 1 del nostro decr. 24 luglio 1922 non esige, come il § 548 della *CPO* austr. e l'art. 2 della legge bulgara 30 novembre 1897 per il *Mandatsverfahren*, che la prova sia data solo mediante determinate categorie di scritture fornite di un più alto grado di attendibilità (quali sarebbero, ad esempio, gli atti pubblici o le scritture private autenticate (104), ma, simile in questo al § 592 della *CPO* germanica concernente l'*Urkundenprozess* (105), ammette senza distinzione nel processo ingiunzionale tutte le forme di prova scritta che sono in genere ammissibili nel processo ordinario in contraddittorio, e conserva ad esse quello stesso grado di efficacia che ciascuna avrebbe nel processo ordinario in base alle regole del diritto probatorio vigente. La frase, con cui termina il primo comma dell'art. 1, che la prova scritta deve essere « valida secondo le norme del Codice civile o del Codice di commercio », si spiega col fatto che nel nostro sistema legislativo le norme relative alla ammissibilità e alla efficacia probatoria dei varî mezzi di prova sono contenute in massima parte nei due codici di diritto sostanziale, e mira soprattutto a far intendere che anche nel processo ingiunzionale è consentita in tema di prove quella maggior larghezza che il Codice di commercio consente per le obbligazioni commerciali (106); ma certo non esclude che, ove qualche altra regola di diritto probatorio sia contenuta negli altri codici o in leggi speciali, essa sia applicabile nel processo ingiunzionale nella stessa misura in cui è tale nel processo ordinario.

Durante le discussioni parlamentari sul disegno di legge che diventò poi il decr. 24 luglio 1922, il deputato Lucci (107) osservava che il significato della locuzione « prova scritta *valida secondo le norme del Codice civile o del Codice di commercio* » non era troppo chiaro,

---

(102) Cfr. Stein, *Urk. Pr.*, § 16, pag. 114.

(103) Dato il principio del libero apprezzamento della prova, non mi pare che si possano dichiarare inammissibili *a priori* le scritture redatte in lingua straniera o in caratteri convenzionali o criptografici diversi da quelli ordinarî (per es., in stenografia): se il giudice è in grado di intendere queste scritture, non c'è ragione di impedire al creditore di servirsene per chiedere l'ingiunzione. Egli potrebbe anche unire alle scritture una traduzione di un esperto (perizia stragiudiziale), valutabile anch'essa dal giudice in base al suo libero apprezzamento.

(104) Sulle scritture *qualificate* del § 548 *CPO* austr., cfr. Pollak, *System*, II, pag. 604; Neumann, *Komm.*, II, pag. 1578; Ott, scritto cit., pag. 287 e segg.

(105) Cfr. Stein, *Urk. Pr.*, § 16 cit.; *Komm.*, § 592, V.

(106) Cfr. Mortara, *Appendice*, cit., pag. 76; *Comm.*, 4ª ed., vol. V, n. 560, pag. 775.

(107) Atti della Cam. dei Dep., Discussioni Legisl. XXVI, Sess. 1ª, 12 maggio 1922, pag. 4421.

perché, qualora questo requisito della « validità » si dovesse intendere nel senso di « efficacia probatoria », potrebbe parere che il procedimento ingiunzionale non sia ammissibile se non quando il creditore possa basar la sua domanda su una scrittura facente *piena prova* per legge, come sarebbe l'atto pubblico. Ora io credo che questo dubbio, non del tutto ingiustificato, si possa peraltro facilmente dissipare quando si rifletta che il regime della prova scritta nel procedimento ingiunzionale non differisce in alcun modo dal regime che questo mezzo di prova ha nel processo ordinario: il giudice nel processo per ingiunzione si trova, di fronte alle prove scritte fornite dal creditore ed alla valutazione della loro efficacia probatoria, nella stessa identica condizione in cui si trova il giudice nell'ordinario processo contumaciale, di fronte alle prove scritte prodotte, in contumacia del convenuto, dall'attore. Questo significa che quando il giudice nel processo ingiunzionale si trova dinanzi a una scrittura che ha il valore di una prova *legale*, si deve limitare a verificarne i requisiti formali, senza poter entrare nella valutazione della sua intrinseca attendibilità; mentre, se le scritture prodotte dal creditore non hanno una efficacia probatoria prestabilita dalla legge, il giudice potrà valutarle in base al suo libero apprezzamento in quello stesso àmbito in cui lo potrebbe nel processo ordinario (108): cosicché non è da escludere che anche nel procedimento ingiunzionale la prova del credito possa essere data mediante scritture aventi ciascuna la forza di un semplice indizio, ma tali da generare nel giudice, attraverso il loro ravvicinamento, la convinzione della verità del credito (109).

Dato che nel processo ingiunzionale le prove scritte sottostanno, per i loro requisiti estrinseci come per la loro intrinseca efficacia probatoria, alle stesse regole vigenti per il processo ordinario, mi sembra superfluo entrare in una lunga enumerazione casistica, la quale dovrebbe necessariamente limitarsi a prospettare per il processo ingiunzionale questioni e soluzioni già note. Mi limiterò pertanto a dire che anche nel processo ingiunzionale la prova scritta può esser costituita da atti pubblici o da scritture private, da documenti aventi il valore di elementi del rapporto giuridico sostanziale (richiesti cioè *ad substantiam actus*) (110) oppure un semplice valore probatorio, da scritti provenienti dalle parti in causa o da terzi (111). Nel caso di scritture private, salvi i casi in cui la legge eccezionalmente richieda

---

(108) Cfr. STEIN, *Komm.*, § 592, V; *Grundriss*, § 112, II, 2.

(109) Ivi, § 592, V, 3.

(110) Cfr. STEIN, *Urk. Pr.*, tutto il § 17.

(111) Cfr. MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 76, con esemplificazioni; HELLWIG, *System*, II, pag. 58, § 251, I, 2, *c.*

la autografia di tutto il contesto, basta agli effetti probatorî la autenticità della sottoscrizione: ma non è escluso che anche nel processo ingiunzionale la prova scritta possa esser costituita da scritture non sottoscritte, soprattutto da annotazioni contenute nei libri commerciali (112): o in certi casi da documenti non manoscritti, ma in tutto o in parte stampati o redatti con altri mezzi di riproduzione meccanica (113). In quanto alla prova della autenticità delle scritture private, ritengo applicabile al procedimento ingiunzionale il principio stabilito dall'art. 283 Cod. proc. civ.: se il debitore non fa opposizione, la scrittura prodotta dal creditore si ha per riconosciuta (114). La prova scritta può essere costituita anche da scritture provenienti dallo stesso creditore, in quei casi in cui eccezionalmente (art. 48 Cod. comm.) la legge ammette che queste facciano prova a favore di colui da cui provengono (115).

La prova scritta del credito richiesta nel procedimento ingiunzionale potrà esser costituita da atti contrattuali che abbiano già di per sé la efficacia di titoli esecutivi, come sarebbero gli atti pubblici e le cambiali? Qualche dubbio sarebbe lecito su questo punto, in quanto, essendo destinato il procedimento monitorio a creare celermente un titolo esecutivo, potrebbe sembrare mancante di interesse chi ricorresse a questo procedimento per procurarsi un titolo esecutivo che ha già. Senonché la stessa considerazione si potrebbe fare anche per escludere che in base a cambiale o ad atto pubblico si possa esperimentare un ordinario giudizio di cognizione: mentre è noto che il creditore in base a cambiale o in base ad atto pubblico ha sempre interesse ad agire, anziché *in executivis*, nella via dell'ordinario processo di cognizione per ottenere una sentenza di condanna, che gli dà col

---

(112) MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 76; STEIN, *Urk. Pr.*, pag. 115; *Komm.*, § 592, V, 1.

(113) STEIN, *Urk. Pr.*, pagg. 116-119 (per es. offerte al pubblico o altri avvisi stampati sui giornali; cedole di azioni; ecc.). Anche la prova mediante telegramma è ammissibile nei limiti e cogli effetti stabiliti dall'art. 45 Cod. comm.

(114) Cfr. però MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 76 in fine. Il § 548 della *CPO* austr. richiede che la prova scritta sia data con documenti « in originale di forma esteriormente ineccepibile » (cfr. NEUMANN, *Komm.*, II, pagg. 1577-78); cfr. anche § 593 cpv., e § 595 cpv. 1° *CPO* germ.

(115) La riluttanza dei giudici a ritener come sufficiente al rilascio della ingiunzione la prova scritta tratta dai libri di commercio regolarmente tenuti (cfr. PERELLI-CIPPO, *Ostacoli fiscali al procedimento ingiunzionale*, in « *Sole* », 15 ottobre 1922) non mi pare in alcun modo giustificabile. In quanto alla fattura commerciale (sulla cui forza probatoria cfr. per ultimo NAVARRINI, *Trattato*, V, n. 2080 e segg., ed ivi bibliografia) essa può bastare al giudice per rilasciare la ingiunzione solo se il creditore dia anche la prova scritta dell'accettazione (art. 44 Cod. comm.).

giudicato un accertamento ben più inattaccabile di un accertamento contrattuale, e il vantaggio di poter iscrivere la ipoteca giudiziale (art. 1970 Cod. civ.). Lo stesso si può dire (in mancanza di espresso divieto nella legge (116), per il procedimento ingiunzionale: il creditore, anche se già munito di titolo esecutivo, avrà sempre interesse a ottener la ingiunzione giudiziale, la quale, per l'art. 6 del decr. 24 luglio 1922 « è titolo per la ipoteca giudiziale » (117).

La dottrina tedesca fa rientrare nel concetto di prova scritta in relazione all'*Urkundenprozess* anche i verbali delle prove semplici raccolte in un ordinario processo di cognizione: come potrebb'essere un verbale di interrogatorio in cui il debitore abbia riconosciuto la esistenza dei fatti costitutivi del credito vantato contro di lui o il verbale di prova testimoniate da cui resulti, secondo il libero apprezzamento del giudice, la verità dei fatti stessi (118). La stessa questione si potrebbe presentare anche nel nostro processo ingiunzionale, quando il creditore basasse la sua domanda di ingiunzione su verbali di prova sopravvissuti, poniamo, a un processo ordinario colpito da perenzione (art. 341 Cod. proc. civ.): e credo che si dovrebbe risolvere in senso affermativo, poiché i verbali di prove nati in un altro processo, pur

---

(116) Un espresso divieto esiste, per le cambiali, nel processo monitorio puro dell'ordinamento libico (art. 49 cpv.: « I crediti derivanti da cambiali non ammettono il procedimento monitorio ») a imitazione di quanto è disposto nel dir. austriaco (legge 27 aprile 1873, § 1 cpv.), il quale, avendo per i crediti cambiari uno speciale processo (*CPO*, §§ 555 e segg.) vuol evitare le complicazioni che deriverebbero dalla possibilità di esercitare contemporaneamente in due diverse forme processuali le diverse azioni nascenti da una stessa cambiale (cfr. Ott, scritto cit., pag. 313). Nel *Mahnverfahren* germanico non esiste un analogo divieto (Hellwig, *System*, II, pag. 71 si limita ad avvertire che il creditore cambiario di solito preferirà servirsi del *Wechselprozess* dei §§ 602 e segg. *CPO*); anzi la *Verordnung*, 9 settembre 1915, § 15, ha espressamente adattato il proc. mon. puro ai crediti basati su cambiali o su prove scritte (cfr. Stein, *Grundriss*, pag. 229).

(117) Già nella relazione al dis. Orlando del 24 maggio 1909 leggesi (pag. 19) che « dotando il decreto d'ingiunzione della idoneità alla iscrizione della ipoteca giudiziale tosto che sia trascorso il termine utile ad opporsi, ritengo che *esso renderà utili servizi anche ai possessori di cambiali e di altri titoli esecutivi contrattuali, costretti oggi per quello scopo a battere la via più lunga del procedimento di dichiarazione*. Per questo suo vantaggio il procedimento d'ingiunzione potrà eliminare col tempo, in più o meno larga misura, l'uso diretto del titolo esecutivo contrattuale, e specialmente del titolo cambiario... ». Le stesse considerazioni nella relaz. al disegno Mortara, del 16 luglio 1919, pag. 3. L'art. 255 delle proposte recentemente pubblicate dal Mortara stabilisce addirittura che il procedimento per ingiunzione è applicabile « per conferire forza esecutiva alle cambiali e agli altri titoli parificati »: intorno a questa riforma, che abolirebbe l'art. 323 Cod. comm. cfr. *Diritto e pratica comm.*, 1923, III, pag. 92.

(118) Stein, *Urk. Pr.*, § 16, 5, pag. 121; *Komm.*, § 592, 3.

non essendo prove scritte nel senso di prove precostituite (119), valgono tuttavia a raggiungere l'intento, per cui nel processo ingiunzionale è richiesta la prova scritta del credito, di dare al giudice che deve rilasciare l'ingiunzione un certo grado di certezza sulla fondatezza della domanda con mezzi verificabili *ictu oculi*, senza bisogno di istruttoria e di contraddittorio. Si potrebbe anche discutere se sia lecito chiedere la ingiunzione in base a una sentenza di mero accertamento, che dichiari a favore del creditore l'esistenza del credito (120): penso che si debba preferire l'opinione affermativa, in quanto si ritenga che la sentenza di accertamento positivo possa essere, in certi casi, titolo per ottenere una ulteriore sentenza di condanna sullo stesso diritto accertato (121).

25. — Resta da fare qualche osservazione intorno al grado di certezza che il giudice nel processo ingiunzionale deve raggiungere mediante la prova scritta offertagli dal creditore, nonché intorno al carattere di presupposto processuale che la prova scritta ha in questa forma di procedimento.

Per quanto attiene al primo punto, non si deve credere che la prova del credito possa avere, in conseguenza del carattere unilaterale del processo per ingiunzione nella sua prima fase, la natura di una prova *attenuata*, talché basti, come in alcuni casi che la nostra legge ammette (122), una semplice *giustificazione* (sia pure, nel caso nostro, data soltanto mediante scritture) meno rigorosa di quella prova che sarebbe necessaria nel processo ordinario (123). La prova che il creditore è tenuto a fornire nel processo ingiunzionale, deve esser tale da produrre nel giudice (o perché le scritture prodotte abbiano il carattere di prove legali, o perché il giudice in base al suo libero apprezzamento le ritenga attendibili) quello stesso grado di certezza intorno alla verità dei fatti costitutivi del credito che nel processo ordinario il giudice richiederebbe per accogliere, in mancanza di prova contraria del convenuto, la domanda dell'attore. Il vantaggio che, in relazione alla prova, il creditore consegue nel procedimento monitorio-documentale non consiste già in una attenuazione (o addirittura in una

---

(119) Cfr. CARNELUTTI, *Prova civile*, pag. 142.

(120) In senso positivo, STEIN, *Urk. Pr.*, pag. 124 nota 11; contro WEISMANN, *Feststellungsklage*, pag. 121.

(121) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 176.

(122) LESSONA, *Prove*, 3ª ed., I, n. 355 e segg.; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 811.

(123) Su questi casi di *giustificazione*, che la dottrina tedesca conosce sotto il nome di *Glaubhaftmachung, Bescheinigung*, cfr. HELLWIG, *System*, I, § 206, I; POLLAK, *System*, II, pagg. 561-562.

abolizione, come avviene nel procedimento monitorio puro) dell'onere di provare, fino a convincere pienamente il giudice, i fatti costitutivi del credito (124); consiste bensì nel fatto che, qualora il debitore non faccia opposizione, la prova di questi fatti costitutivi è data in modo unilaterale, senza che il giudice possa criticarla e bilanciarla al lume dei resultati della controprova avversaria.

Intorno al secondo punto, si può osservare fin d'ora che la prova scritta del credito ha, nel processo per ingiunzione, una doppia funzione, quasi diremmo una fisionomia bifronte, secondoché la si consideri nel suo aspetto di presupposto processuale speciale di questa forma di procedimento o secondoché invece la si ponga in relazione col merito della controversia cioè colla questione della esistenza del credito. Sotto il primo aspetto la prova scritta del credito è soltanto una condizione di ammissibilità del procedimento ingiunzionale, in mancanza della quale il giudice rigetterà la domanda di ingiunzione non già per il motivo che il credito non esista (o, il che nel processo civile è lo stesso (125), per il motivo che il credito non sia provato), ma semplicemente perché manca uno dei requisiti indispensabili per far valere il credito — la cui esistenza e la cui accertabilità in giudizio con altri mezzi di prova restano impregiudicate — in questa speciale forma di procedimento. Ma, sotto un altro aspetto, la prova scritta del credito ha anche una diretta ripercussione sulla decisione di merito: quando infatti, nel processo ingiunzionale, il giudice riconosce che il requisito della prova scritta del credito è stato, insieme cogli altri presupposti processuali, soddisfatto dal creditore, e che di conseguenza questi può essere ammesso a valersi dello speciale procedimento che si inizia coll'emanazione dell'ingiunzione, egli viene con ciò a compiere contemporaneamente un giudizio di merito, sia pure anticipato ed ipotetico, sulla conclusività della prova fornita dal creditore, in quanto ritiene che, se il debitore non farà opposizione e non distruggerà nella seconda fase del procedimento l'efficacia della prova già fornita dal creditore, l'esistenza del credito rimarrà definitivamente accertata. Il riconoscere che nel caso concreto il procedimento ingiunzionale è ammissibile perché c'è la prova scritta del credito (giudizio sulla esistenza di un presupposto processuale) significa dunque, normalmente, riconoscere che il creditore, qualora in seguito si verifichi a suo vantaggio la preclusione della opposizione, ha provato di aver ragione in merito (giudizio sulla esistenza della azione di condanna); ma questa normale coincidenza dei due giudizî non è una ragione sufficiente per negare

---

(124) Questione già dibattuta nel dir. comune: cfr. POLLAK, *System*, II, pag. 598, nota 5.

(125) STEIN, *Urk. Proz.*, pag. 78; WACH, *Handbuch*, pag. 23, nota 27.

al requisito della prova scritta il carattere di presupposto processuale speciale: si possono infatti avere alcuni casi (e meglio apparirebbero a chi studiasse la natura della ingiunzione e soprattutto la natura della decisione con cui il giudice rigetta la domanda di ingiunzione) in cui il giudice, pur riconoscendo che il requisito della prova scritta dei fatti su cui il creditore basa la sua domanda sarebbe pienamente soddisfatto agli effetti processuali e che quindi il procedimento ingiunzionale sarebbe formalmente ammissibile, rigetta però la domanda di ingiunzione perché da questi fatti provati per iscritto non derivano le conseguenze giuridiche (azione di condanna) che il creditore pretende: come accadrebbe, ad esempio, nel caso in cui il creditore appoggiasse la sua domanda di ingiunzione su fatti, regolarmente provati per iscritto, dai quali si potesse desumer soltanto l'esistenza a suo favore di una obbligazione naturale.

§ 7. — Introduzione e partizione.

26. — Debbo aggiungere ora, per completare la trattazione, qualche osservazione sui presupposti processuali *generali* (126), cioè su quelle condizioni di ammissibilità che non sono proprie ed esclusive del procedimento ingiunzionale, ma che sono comuni anche all'ordinario procedimento in contraddittorio. Mi fermerò, naturalmente, soltanto su quelli di essi che presentano per il procedimento monitorio qualche divergenza dalle regole del procedimento ordinario; e cioè: *a*) sulla *competenza*; *b*) sulla *ricusazione* e *astensione*; *c*) sulla *rappresentanza*; *d*) sulle *eccezioni processuali.*

§ 8. — *a*) La competenza.

Sommario: 27. Sistema adottato dal r. decr. 24 luglio 1922 e raffronto col sistema di altre legislazioni. — 28. Osservazioni sulla competenza per valore. — 29. Id. sulla competenza per materia. — 30. Id. sulla competenza territoriale. — 31. Applicazioni ai crediti dei professionisti legali. — 32. Sui poteri del giudice in relazione alla competenza. — 33. Può il giudice d'ufficio correggere la determinazione dell'equivalente in denaro fatta dal ricorrente? — 34. Applicabilità al proc. monitorio della regola, stabilita dalla legge 15 settembre 1922, secondo cui la competenza per valore ha carattere relativo per le cause di valore inferiore. — 35. Poteri del giudice sulla verificazione della competenza territoriale.

---

(126) Cfr. per il proc. mon. ex art. 379 Cod. proc. civ., Chiovenda, *Principii*, pag. 1196; Stein, *Komm.*, § 691, I, 1.

27. — La legge processuale germanica stabilisce che il procedimento monitorio sia portato in ogni caso, qualunque sia il valore del credito, dinanzi all'organo giudiziario che, in sede di cognizione ordinaria, è competente soltanto per le cause di valore minimo, cioè dinanzi all'*Amtsgericht* (127): questa competenza speciale funzionale (128), senza riguardo al valore della domanda, è stata consigliata non solo dalla opportunità di affidare il procedimento monitorio, i cui massimi pregi dovrebbero essere la semplicità e la celerità, al giudice che si trova più vicino ai litiganti e meglio in grado di provvedere con forme semplici, ma altresì dalla considerazione che, mancando nella prima fase del proc. monitorio una cognizione approfondita del merito, non si può dire che l'ufficio di emanare ordini di pagamento presenti per il giudice un grado di difficoltà e di importanza crescente coll'aumentare del valore del credito (129). Ma, di fronte a questi pregi, il sistema adottato dalla legge germanica ha il grave difetto di dar luogo a complicazioni nei casi in cui, in seguito all'opposizione presentata dal convenuto, il procedimento monitorio si converte in procedimento ordinario: infatti, dovendosi svolgere la fase in contraddittorio dinanzi al giudice normalmente competente per valore, ne viene la necessità di un rinvio della controversia al giudice superiore (*Landgericht*: cfr. *CPO* § 697), tutte le volte in cui il credito superi i limiti della competenza ordinaria per valore dell'*Amtsgericht*.

---

(127) *CPO* germ., § 689 capov.: « È competente l'*Amtsgericht* che sarebbe competente per l'azione proposta col procedimento ordinario, se gli *Amtsgerichte* fossero competenti in prima istanza senza limiti di valore [*sachlich unbeschränkt*] ». Anche secondo la legge austr. 27 aprile 1873, § 2 la competenza sul pr. mon. è affidata esclusivamente ai *Bezirksgerichten*; per i limiti di valore entro i quali, dopo la *GEN* del 1° giugno 1914, il procedimento monitorio è ammesso in Austria in seguito alle ultime novelle, cfr. HERMANN, *Die Zivilprozessnovellen* (Wien, 1923).

(128) HELLWIG, *System*, II, § 253, III, l. *a*) vede qui un caso di competenza funzionale. Ciò è perfettamente esatto se si considera il procedimento monitorio come un procedimento che serve a far valere la ordinaria azione di condanna (non una speciale azione sommaria): in tal caso, poiché la concreta volontà di legge che si fa valere mediante il procedimento monitorio è la stessa che si potrebbe far valere mediante l'ordinario procedimento in contraddittorio, la speciale competenza dell'*Amtsgericht* non si basa sulla diversità qualitativa dell'oggetto del processo (diversità dell'azione: competenza *per materia*), ma sulla diversa funzione che l'*Amtsgericht* esercita, attuando con uno speciale procedimento la stessa volontà di legge che può essere attuata anche col procedimento in contraddittorio dal giudice competente per valore (cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 525). Se invece si ammette, contrariamente a quanto io penso, la esistenza di una speciale azione sommaria, di cui il procedimento monitorio sarebbe lo strumento, la competenza dell'*Amtsgericht* si deve considerare come un caso di competenza *per materia*, analoga a quella del nostro Pretore a emettere gli speciali provvedimenti cautelari dei nn. 2 e 3 dell'art. 82.

(129) GOLDENRING, scritto cit., pag. 462.

Ritengo perciò preferibile il sistema adottato dal legislatore italiano (130), il quale, per evitare questo frazionamento di uno stesso processo dinanzi a due diversi organi giudiziarî, ha stabilito (avvicinandosi anche in questo al *Mandatsverfahren* austriaco) (131) che il procedimento per ingiunzione sia iniziato fin dalla prima fase dinanzi a quell'organo giudiziario che, in caso di opposizione da parte del debitore, sarà competente per valore a decidere la seconda fase in contraddittorio: « il ricorso è proposto — dispone infatti l'art. 3 del decr. 24 luglio 1922 — al conciliatore, al pretore, o al presidente del Tribunale, che (132) sarebbe rispettivamente competente, per valore e territorio, a norma del Codice di procedura civile, a conoscere dell'azione di pagamento, osservata quando occorra la regola dell'art. 98 del predetto codice ».

28. — Si applicano dunque al procedimento per ingiunzione le regole generali di competenza per valore contenute nel Codice di proc. civile (colle modificazioni apportatevi, a partir dal 1° gennaio 1924, dalla legge 15 settembre 1922 e dal successivo decr. 20 settembre 1922) (133), secondo le quali i procedimenti ordinarî di cognizione sono ripartiti, in base all'ammontare della domanda, fra i tre giudici ordinarî di primo grado (Conciliatore, Pretore, Tribunale) esistenti nel nostro ordinamento: con questa sola differenza, che quando il valore del credito rientra nella competenza del Tribunale, organo collegiale, la prima fase del procedimento per ingiunzione si svolge dinanzi al solo presidente (134).

Applicabili al proc. per ingiunzione sono del pari, in quanto siano conciliabili colla natura dei crediti ai quali questo procedimento è riservato, le regole dettate dal Cod. proc. civ. per determinare il valore della causa (artt. 72, 73, 74): giova osservare a questo proposito che nei casi in cui il credito abbia per oggetto una quantità di merci, derrate o cose fungibili, la determinazione del suo valore pecuniario è facilitata dalla disposizione del cpv. dell'art. 3, secondo la quale « deve

---

(130) In conformità coll'art. 3 del disegno MORTARA, 16 luglio 1919; diversamente per il prog. ORLANDO, il quale stabiliva per il proc. mon. una competenza speciale senza limiti di valore del Pretore (o del Conciliatore: art. 23).

(131) *CPO* austr., § 558: cfr. POLLAK, *System*, § 124.

(132) Non è inutile avvertire che questo « che », il quale grammaticalmente parrebbe riferirsi, oltreché al conciliatore e al pretore, anche « *al presidente* del tribunale » si deve invece intendere come riferito, oltreché al conciliatore e al pretore, al *tribunale* (organo collegiale).

(133) Cfr. MORTARA, *Appendice*, pag. 83.

(134) Cfr. per il proc. mon. ex art. 379 Cod. proc. civ., CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1193; DIANA, *Le funzioni del presidente*, pagg. 46, 68 e segg.

essere espressa nel ricorso la somma in denaro che il creditore ritiene equivalente e che è disposto ad accettare in luogo della prestazione anche in seguito all'esecuzione forzata ». Questa disposizione, il cui scopo ultimo, di cui già si discorse (*retro*, I, n. 10), è quello di preparare preventivamente un titolo esecutivo completo, serve altresì ad evitare che il giudice, al quale è chiesta la ingiunzione, sia costretto a una non sempre facile valutazione preliminare della domanda allo scopo di determinar la competenza; essa dev'essere perciò messa in relazione colle analoghe disposizioni del Cod. proc. civ., che, in tema di competenza, mirano a raggiungere lo stesso intento (artt. 78 e 80 Cod. proc. civ.).

Naturalmente non è escluso che la competenza per valore, affermata dal giudice nella prima fase in base alla somma determinata nel ricorso, possa poi esser negata in seguito alla opposizione del debitore (135) il quale, impugnando il valore dichiarato dal ricorrente, riesca a dimostrare che il valore della domanda non rientra nei limiti della competenza per valore propria del giudice che ha emesso l'ingiunzione (cfr. art. 78 cpv. e 80 cpv. secondo Cod. proc. civ.; art. 13 prima parte dello stesso decr. 24 luglio 1922): analogamente il giudice che si è ritenuto competente per valore a emettere la ingiunzione, potrà poi dichiararsi incompetente qualora il debitore facendo opposizione contesti la intiera obbligazione, di cui la somma chiesta dal creditore « sia parte e non residuo » (art. 72 cpv. Cod. proc. civ.). In questi casi si tratterà sempre di incompetenza *originaria*, non di incompetenza sopravvenuta (136).

Nella ipotesi di cumulo obbiettivo o subbiettivo (per la cui ammissibilità anche nel procedimento per ingiunzione (137) si possono trarre sicuri argomenti sia dal capoverso ultimo dell'art. 1, che prevede il caso del cumulo obbiettivo di più crediti in un unico ricorso, sia dall'art. 3, che espressamente richiama l'art. 98 Cod. proc. civ., concernente un caso di cumulo subbiettivo, sia infine dall'art. 5 il quale parla della notificazione dell'ingiunzione « al debitore o *ai debitori* ») il valore della domanda agli effetti della competenza si determinerà in base agli artt. 73 e 74 Cod. proc. civ.

---

(135) Cfr. MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 87; HELLWIG, *System*, II, § 254, II, 3 *a*).

(136) Cfr., per la differenza, CHIOVENDA, *Principii*, pag. 491.

(137) L'art. 50 cpv. ultimo dell'ord. libico ammette espressamente il cumulo obiettivo disponendo che « per più crediti dello stesso creditore contro lo stesso debitore, anche se non siano tra loro connessi, può l'emanazione dell'ordine di pagamento esser chiesta con la stessa istanza, qualora l'ammontare complessivo di essi non superi la somma di L. 500 »; tale disposizione è tradotta quasi alla lettera dal § 4 cpv. ultimo della legge austr. 27 aprile 1873. Per il dir. germanico, cfr. STEIN, *Komm.*, § 689, III; SKEDL, *Mahnverf.*, pagg. 110 e 153.

29. — Si intende che la disposizione dell'art. 3, la quale attribuisce al Conciliatore, al Pretore e al Tribunale la competenza sul procedimento monitorio negli stessi limiti di valore in cui questi organi hanno rispettivamente competenza sui procedimenti ordinarî di cognizione, ha vigore solamente in quanto il diritto che il creditore vuol far valere mediante il procedimento monitorio non sia escluso *per materia* dalla competenza ordinaria dei suddetti organi.

Per la stessa ragione sono assolutamente escluse dalla via del procedimento per ingiunzione quelle azioni, la cui cognizione è riservata a organi giurisdizionali *speciali*: in simili casi la ingiunzione non può essere emanata dal giudice ordinario che sarebbe competente per valore, perché gli fa difetto nel caso concreto la competenza per materia; né può essere rilasciata dal giudice speciale, perché per l'art. 3 del decr. 24 luglio 1922 il procedimento per ingiunzione è riserbato ai soli giudici ordinarî. Così, ad esempio, non possono mai esser fatte valere per via d'ingiunzione le azioni nascenti da rapporti di lavoro tra operai e imprenditori, quando la cognizione sulle medesime rientri nella speciale competenza dei Probiviri industriali (138).

30. — Le norme del codice di proc. civile si applicano al procedimento per ingiunzione anche in materia di competenza *territoriale* (art. 3 cit.): e ciò non soltanto per le norme concernenti il foro generale (*forum rei*: art. 90 Cod. proc. civ.) ma anche per quelle concernenti i varî fori *speciali* permessi dalla legge per quelle azioni che possono essere esercitate mediante il procedimento monitorio (139). Tutte le volte in cui la legge lascia all'attore la scelta tra più fori concorrenti, il procedimento per ingiunzione potrà dunque, a scelta del creditore, essere iniziato presso uno qualunque tra essi: ciò ha importanza pratica specialmente per il capoverso dell'art. 91 Cod. proc. civ., concernente le materie commerciali (140). Vale anche per il procedimento per ingiunzione il foro convenzionale derivante da elezione di domicilio (artt. 40 e 95 Cod. proc. civ.).

---

(138) Cfr. STEIN, *Komm.*, § 689, I cpv.; OTT, scritto cit., pag. 314.

(139) Così, in seguito alle novelle del 1898 e del 1909, anche nel dir. germanico: cfr. STEIN, *Komm.*, § 689, II.

(140) Non mi pare invece che si possa estendere al procedimento monitorio la prima parte dell'art. 91 la cui applicazione alle materie civili è subordinata alla condizione che il convenuto sia citato « ivi in persona propria »: né si dica che alla notificazione della citazione potrebbe equivalere la notificazione della ingiunzione al debitore fatta ugualmente « ivi in persona propria », perché la notificazione della ingiunzione è sempre successiva alla emanazione della medesima e il giudice non è quindi mai in grado di verificare, quando decide sulla competenza, se la condizione è stata adempiuta.

Sono applicabili al procedimento per ingiunzione, in quanto siano compatibili con la natura dei crediti che sono riservati a questa forma di procedimento, quelle deroghe alle regole normali di competenza territoriale che il Cod. proc. civ. ammette per ragione di connessione di causa. L'art. 3 del decr. 24 luglio 1922 richiama espressamente l'art. 98 Cod. proc. civ. relativo al *forum continentiae* in caso di litisconsorzio passivo (per es., nel caso di una obbligazione divisibile a favore di un solo creditore contro più debitori domiciliati in diverse circoscrizioni giudiziarie, il proc. per ingiunzione può essere a scelta del creditore iniziato contro tutti i debitori dinanzi a un solo giudice (141); ma non si deve escludere che in qualche caso possa presentarsi l'opportunità di applicare al procedimento per ingiunzione anche l'art. 99. Si intende poi che i casi di competenza per connessione che hanno origine da una eccezione del convenuto (artt. 100-102 Cod. proc. civ.) non possono mai presentarsi nella prima fase del proc. per ingiunzione, ma solo in seguito a opposizione del debitore nella fase in contraddittorio, la quale, anche per la competenza per connessione, è regolata da tutte le disposizioni concernenti il procedimento ordinario.

31. — Abbiamo già avuto occasione di esaminare da diversi punti di vista la disposizione dell'art. 1 cpv. ultimo del decr. 24 luglio 1922, la quale ammette gli avvocati e gli altri professionisti enumerati dall'articolo 103 Cod. proc. civ. a servirsi per i loro crediti professionali, anziché del procedimento dell'art. 379 Cod. proc. civ., del procedimento ingiunzionale generale.

Questa disposizione merita di essere presa in esame anche dal punto di vista della competenza, specialmente in relazione al disposto dell'art. 103 Cod. proc. civ. Prima del decr. 24 luglio 1922, era controverso nella dottrina se lo speciale procedimento monitorio ammesso dall'art. 379 potesse essere usato per crediti nascenti da prestazioni professionali *stragiudiziali* (142): e coloro che seguivano la opinione affermativa insegnavano che, mentre per i crediti nascenti da prestazioni giudiziali il procedimento monitorio doveva sempre essere portato, secondo l'art. 103, al giudice davanti cui fu promossa la causa

---

(141) Nel dir. germ. in un caso simile deve anche per il proc. mon. esser determinato preventivamente il foro competente dal giudice immediatamente superiore (*CPO*, § 36, n. 3); cfr. HELLWIG, *System*, II, § 253, III, 1 *a*); STEIN, *Komm.*, § 689, III. Se per un medesimo credito o per più crediti connessi vien chiesta l'ingiunzione a giudici diversi da diversi interessati, la competenza si regolerà, ove il debitore faccia opposizione, in base all'art. 104 Cod. proc. civ. Può anche qui aver luogo il regolamento di competenza degli art. 108 e segg.

(142) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 215.

che diede occasione a tali prestazioni (competenza *funzionale*, e quindi inderogabile) (143) per i crediti stragiudiziali si dovevano seguire le regole ordinarie di competenza per valore e territorio (144).

La disposizione dell'art. 1 cpv. ultimo sopra citata, la quale ammette i professionisti legali a valersi del nuovo procedimento ingiunzionale per i loro crediti professionali senza distinguere se abbiano origine giudiziale o stragiudiziale, mentre non porta variazioni a quanto la dottrina surricordata insegnava in tema di competenza per crediti professionali stragiudiziali, introduce una notevole innovazione circa la determinazione del giudice competente a conoscere dei crediti professionali giudiziali: infatti il professionista legale che voglia valersi del procedimento ingiunzionale per ottener dal cliente il pagamento di spese e onorarî occasionati da una « causa », non sarà più tenuto, d'ora innanzi, a portare la sua azione dinanzi all'autorità giudiziaria che conobbe di questa causa, ma potrà portarla dinanzi a quell'autorità giudiziaria che sarebbe competente a conoscere di questa azione secondo le regole ordinarie della competenza per territorio e per valore, indipendentemente dalla regola dell'art. 103 (art. 1 cpv. ultimo comb. coll'art. 3).

L'ultimo periodo dell'art. 1 contempla anche il caso di più crediti di uno stesso professionista contro uno stesso cliente, dipendenti « da prestazioni in cause, affari o procedimenti diversi, anche presso diverse giurisdizioni » e ammette che essi possano esser fatti valere mediante una sola domanda (*cumulo oggettivo*) proposta all'autorità giudiziaria (145) normalmente competente per valore o per territorio. Il valore della domanda si determinerà secondo l'art. 73. Il foro territorialmente competente sarà in questo caso il foro generale del debitore

---

(143) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 533-34; pag. 566; pag. 1193.

(144) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1193.

(145) Si noti la inesattezza della locuzione contenuta nel cpv. dell'art. 1, il quale dispone che « la domanda può esser proposta con un unico ricorso *al presidente del Tribunale* competente a norma dell'art. 3 »; mentre quando il credito per prestazioni professionali non raggiunge il limite minimo della comp. per valore del Tribunale, la domanda, a norma dell'art. 3, dovrà esser proposta al Conciliatore o al Pretore, secondo le regole generali della comp. per valore. Non mi pare che la locuzione dell'art. 1 si possa interpretare nel senso che il cumulo oggettivo debba sempre portarsi dinanzi al Tribunale, anche quando, applicando la regola dell'art. 73, apparterrebbe per valore alla competenza di un Conciliatore o di un Pretore: l'art. 1, infatti, parla del « presidente del Tribunale competente *a norma dell'art. 3* »; ma secondo l'art. 3 il Tribunale è competente soltanto nei limiti di valore stabiliti dal codice di procedura, e quindi, nel caso di cumulo oggettivo, solo se i crediti cumulati, ciascuno preso separatamente, rientrino nella competenza per valore propria del Tribunale (si applica anche qui l'art. 3 della legge 15 settembre 1922).

(art. 90) (146): né, se i varî crediti cumulati derivano da prestazioni in cause trattate dinanzi a organi giudiziarî diversi per grado e per territorio, potrebbe il cumulo esser portato, anziché al foro generale, a uno dei fori speciali determinati per ciascuna causa dall'art. 103 (147). Il criterio funzionale di accessorietà che sta a base dell'art. 103 si limita, naturalmente, al solo credito derivante dalla causa principale: talché, se il professionista vorrà seguire la regola di competenza contenuta nell'art. 103, dovrà proporre altrettante domande separate quante sono le varie autorità giudiziarie che hanno deciso le diverse cause principali. Nell'ipotesi di un credito professionale verso più debitori (p. es., il credito di un avvocato che ha difeso in un unico processo più litisconsorti) potrà essere anche qui utilmente applicato l'art. 98.

Appena occorre rilevare, come del resto appare dalle cose sopra dette, che i professionisti legali hanno, in forza dell'art. 1 cpv. ultimo del decr. 24 luglio 1922, facoltà, non obbligo, di servirsi per i loro crediti professionali del procedimento ingiunzionale generale anziché del proc. monitorio privilegiato dall'art. 379 (148): secondoché scelgano l'una o l'altra via, dovranno sottostare alle speciali regole proprie dell'una o dell'altra forma di procedimento (149).

32. — A chiarire sempre meglio la struttura del procedimento per ingiunzione, gioverà dire qualcosa dei poteri che nella prima fase di questo procedimento il giudice ha per verificare preliminarmente la propria competenza (art. 4 decr. 24 luglio 1922); già ebbi occasione

---

(146) INDRI, *Il procedimento d'ingiunzione*, pag. 34.

(147) MORTARA, *Appendice*, cit., pagg. 80-81; *Comm.*, 4ª ed., vol. V, n. 559 in fine.

(148) Cfr. App. Bologna, 14 maggio 1924, in *Foro it.*, 1924, I, 998. Sui vantaggi comparativi dei due proced., cfr. MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 81.

(149) Niente vieta ai professionisti legali di ricorrere, per il pagamento dei loro crediti professionali, anziché al proc. monitorio dell'art. 379 o al pr. ingiunzionale del decr. 24 luglio 1922, all'ordinario procedimento in contraddittorio (cfr. art. 379 cpv. ultimo). In tale ipotesi quale sarà il giudice competente? Prima del decr. 24 luglio 1922, la competenza in questa materia era inderogabilmente fissata dall'art. 103, che parla in generale di « azioni per pagamento » senza limitarsi al caso in cui tali azioni siano proposte nella forma dell'art. 379. Ma, dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto, il quale permette ai professionisti di seguire le regole della competenza ordinaria per il proc. ingiunzionale, che poi, ove il debitore si opponga, può trasformarsi in un procedimento ordinario in contraddittorio, parmi che si debba riconoscere ai professionisti stessi la facoltà di iniziare senz'altro il proc. in contraddittorio prescindendo dall'art. 103. A diversa soluzione si dovrebbe giungere quando si ammettesse che il proc. ingiunzionale sia, invece che un mezzo per far valere la ordinaria azione di condanna, la espressione di una speciale azione sommaria (perché in tal caso la regola dell'art. 103 resterebbe inderogabile per le azioni ordinarie di condanna).

di trattare (*retro*, nn. 21-22) dei poteri che il giudice ha nel procedimento monitorio per accertare l'esistenza dei presupposti processuali in generale; ma siccome l'esame di questo problema in relazione alla competenza può dare utili chiarimenti intorno alla natura (assoluta o relativa) della competenza stessa e intorno ad alcune questioni esegetiche che già sono state fatte su questo argomento, così ritengo utile tornare sull'argomento.

È noto che per l'art. 187 Cod. proc. civ. l'autorità giudiziaria è tenuta a dichiarare *d'ufficio* la propria incompetenza per materia o valore; e che la stessa regola vige per la incompetenza funzionale (150). Non vi ha dubbio, perciò, che quando nello stesso ricorso con cui il creditore chiede il rilascio dell'ingiunzione fossero contenuti elementi tali che il giudice potesse desumerne senz'altra indagine la propria incompetenza per materia o per valore o funzionale (così, ad esempio, se il ricorrente chiedesse al pretore di rilasciar la ingiunzione per un credito derivante da rapporti di lavoro tra imprenditore e operaio, in materia riserbata alla giurisdizione probivirale; se la somma domandata eccedesse il limite massimo di competenza per valore del giudice adito; se il ricorso per ottenere l'ingiunzione venisse presentato ad una Corte d'appello; ecc.), il giudice sarebbe tenuto a dichiararsi d'ufficio incompetente.

Ma altro è il potere del giudice di rilevare d'ufficio la propria incompetenza, *quando gli elementi per rilevarla resultino dalla stessa domanda*, e altro è il potere di disporre d'ufficio indagini per accertare se siano vere le affermazioni di fatto contenute nella domanda, dalle quali resulta apparentemente la competenza. Questo secondo potere non mi pare che si possa riconoscere al giudice investito dal procedimento per ingiunzione, neanche per quanto attiene all'accertamento della competenza assoluta (per la competenza relativa, oltre, n. 35): non solo perché è regola generale anche nel processo ordinario che i poteri del giudice nell'accertare la esistenza del rapporto processuale sono limitati alle risultanze degli atti (151), ma percné il principio fondamentale del procedimento monitorio puro che i fatti affermati dal creditore si hanno per veri fino a che il debitore non li contesti in sede di opposizione, vale anche per i fatti concernenti la esistenza dei presupposti processuali verificabili d'ufficio, come sarebbe appunto la competenza assoluta, tutte le volte in cui questi fatti siano nello stesso tempo fatti appartenenti al rapporto sostanziale dedotto in giudizio (152).

---

(150) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 487.

(151) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 738.

(152) KOHLER, *Beiträge*, pag. 107 e segg.; e decisione del *Reichsgericht* (citata da HELLWIG, *System*, I, § 59, pag. 134, nota 5, il quale segue però avviso

Ciò si verifica appunto per i fatti da cui il giudice può desumere la propria competenza assoluta: la quale dipende esclusivamente dall'ammontare e dalla natura del credito fatto valere, cioè da elementi inerenti al rapporto di diritto sostanziale che, nel procedimento monitorio puro, valgono come veri semplicemente perché sono affermati dal creditore. *A fortiori* ogni potere di disporre d'ufficio indagini intorno alla propria competenza assoluta dev'essere escluso nel procedimento monitorio documentale (proc per ingiunzione), in cui i fatti costitutivi del credito, e quindi i fatti che giustificano la competenza assoluta, risultano fin dall'inizio non solo affermati, ma addirittura provati per iscritto dal creditore (cfr. *retro*, nn. 21-22).

33. — Questi principî m'è parso utile richiamare per mettere nella giusta luce una questione che vedo risolta in senso a mio credere erroneo da un recente commentatore del decr. 24 luglio 1922 (153): se, cioè, il giudice abbia potere di correggere d'ufficio, indipendentemente dalla opposizione del debitore, l'ammontare della somma in danaro equivalente alla prestazione in natura che il creditore deve dichiarare nel ricorso in conformità del capoverso dell'art. 3.

La risposta negativa, contrariamente alla opposta opinione del suddetto commentatore, non mi par dubbia. La dichiarazione prescritta dal capoverso dell'art. 3 ha, come si è detto, due scopi: quello di servire a determinar la competenza per valore nei casi in cui la prestazione originaria non è in denaro, e quello di preordinare un titolo esecutivo che, se il creditore non vuole o non può con frutto esperimentar l'esecuzione per consegna di mobili, dia adito senz'ulteriore accertamento alla esecuzione sui beni per provocarne la vendita e la distribuzione del prezzo (*retro*, n. 28). Dal punto di vista della determinazione della competenza, la disposizione dell'art. 3 è in tutto analoga a quelle degli artt. 78 e 80 Cod. proc. civ., per i quali la dichiarazione di valore fatta dall'attore serve essa sola a determinare la competenza, se il convenuto non impugna l'esattezza di tale valutazione: anche nel proc. per ingiunzione, dunque (per il quale la prima parte dell'art. 3 richiama espressamente le norme del Cod. proc. civ. in tema di competenza per valore e territorio, tra le quali rientrano anche gli artt. 78 e 80) il debitore potrà, sì, fare opposizione per gravarsi della eccessività della somma dichiarata nel ricorso dal creditore, e in tal caso spetterà al giudice determinarla (154); ma non

---

contrario), secondo la quale: « basta la semplice affermazione della competenza, quando i fatti costitutivi della competenza coincidono coi fatti costitutivi dell'azione ».

(153) Indri, op. cit., § 4.

(154) Cfr. Mortara, *Appendice*, cit., pag. 85.

potrà il giudice, prima di sapere se il debitore si opporrà alla valutazione fatta dal creditore, disporre d'ufficio indagini per accertar l'esattezza di una valutazione che la legge, appunto per evitare *in limine litis* una istruttoria complicata sul punto della competenza, vuole rilasciata dall'arbitrio dell'attore. Giova d'altra parte notare che, se « il valore della causa si determina dalla domanda » (art. 72 Cod. proc. civ.), il giudice deve, anche nel procedimento per ingiunzione, determinare la competenza per valore secondo il domandato, non secondo il dovuto; tanto più qui, dove le stesse espressioni adoperate nel capoverso dell'art. 3 (« ... la somma che il creditore *ritiene* equivalente e che è *disposto ad accettare* ... ») sembrano voler indicare che la valutazione dell'equivalente pecuniario, anziché in base a criterî rigidamente oggettivi, debba essere compiuta secondo l'apprezzamento *subiettivo* del creditore, il quale per l'art. 1245 Cod. civ. non può essere costretto, senza concorso della sua volontà, a ricevere una somma in denaro invece della prestazione in natura che gli è dovuta.

Questa soluzione non presenta affatto, dal punto di vista pratico, quei pericoli di « vessazioni » del debitore che qualcuno (155) dice di paventare. Anche se il debitore non avesse diritto di fare opposizione all'ingiunzione e di impugnare per tal mezzo, sia agli effetti della competenza sia a quelli del merito, la valutazione pecunaria fatta dal creditore, è evidente che l'eccesso di questa valutazione unilaterale (una valutazione troppo bassa non sarebbe praticamente probabile; né, d'altra parte costituirebbe un pericolo per il debitore!) non produrrebbe alcuna conseguenza seriamente dannosa: non dal punto di vista della competenza, perché una valutazione troppo alta potrebbe tutt'al più spostare la competenza per valore dal giudice inferiore a quello superiore, e si rientrerebbe così, in mancanza di opposizione da parte del debitore, nel principio stabilito dall'art. 3 della legge 15 settembre 1922 secondo il quale « la eccezione di incompetenza per valore del magistrato adito dall'attore per il motivo che l'azione sia di competenza di un magistrato inferiore... non può esser dichiarata d'ufficio »; non dal punto di vista del merito, perché il debitore, che ritenesse eccessiva la somma di danaro determinata nell'ingiunzione, potrebbe sempre liberarsi da questo aggravamento eseguendo a favore del creditore la prestazione in natura.

34. — Le considerazioni ora svolte mi dànno adito ad accennare un'altra questione, che vedo trattata autorevolmente dal MORTARA nell'*Appendice* ripetutamente citata in queste pagine (156): se cioè,

(155) INDRI, cit., pag. 37.
(156) Cfr. pagg. 84-85.

la disposizione dell'art. 3 della legge 15 settembre 1922, la quale, introducendo nel nostro diritto una norma contenuta nella legge processuale germanica (§ 10), dà alla competenza per valore il carattere di una competenza *relativa per quanto concerne l'osservanza del limite minimo* (157), sia applicabile anche al procedimento per ingiunzione. Il MORTARA ritiene di no: e insegna che se, ad esempio, fosse chiesto un decreto d'ingiunzione per un credito di cento lire al presidente del Tribunale, questi dovrebbe d'ufficio dichiararsi incompetente per valore e rifiutarsi perciò di emanar l'ingiunzione. Ma, con tutto il rispetto per la opinione dell'insigne maestro, io mi permetto di dubitare che la soluzione negativa da lui propugnata sia da preferirsi.

L'art. 4 del decr. 24 luglio 1922 dice che, prima di emanar la ingiunzione il giudice, deve verificar la propria competenza « a norma dell'articolo precedente » e l'art. 3 si limita a richiamare in blocco come applicabili al procedimento ingiunzionale tutte quelle disposizioni del codice di procedura civile secondo le quali si dovrebbe determinare la competenza per valore e per territorio, qualora l'azione di pagamento, anziché nella via del procedimento per ingiunzione, fosse proposta nella via del processo di cognizione ordinario. Tra queste disposizioni è compresa anche quella dell'art. 3 della legge 15 settembre 1922, la quale modifica ed integra l'art. 187 del Cod. proc. civ.: non riesco a vedere, perciò, come questa disposizione applicabile al processo ordinario di cognizione non si debba applicare al processo ingiunzionale, che, per l'art. 3 del decr. 24 luglio 1922, è governato, rispetto alla competenza per valore e per territorio, dalle stesse regole del processo ordinario. Il dovere che ha il giudice di dichiararsi d'ufficio incompetente si desume, anche per il procedimento ingiunzionale, unicamente dall'art. 187 Cod. proc. civ.; l'art. 3 del decr. 24 luglio 1922 non contiene, né implicitamente né esplicitamente, alcuna disposizione che nel procedimento per ingiunzione estenda questo dovere a casi pei quali esso non sussiste nel processo ordinario: il giudice, nel procedimento monitorio, è tenuto a pronunziare d'ufficio la propria incompetenza in quei soli casi in cui egli vi è tenuto nel procedimento ordinario. Né si dica che a dichiararsi incompetente per valore anche quando l'azione sia di competenza di un magistrato inferiore, il giudice è tenuto nel processo per ingiunzione in conseguenza del carattere unilaterale che ha la prima fase di questo procedimento. Se l'art. 3 della legge 15 settembre 1922 ha avuto l'effetto di trasformare la competenza per valore in competenza relativa per quanto attiene alla osservanza del limite minimo, il carattere di competenza assoluta non

---

(157) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 486.

può, a mio avviso, esserle restituito dalla mancanza di contraddittorio: nessuna norma autorizza nel nostro diritto il giudice a dichiarare d'ufficio la propria incompetenza per territorio nel caso in cui il convenuto sia contumace (158); né pertanto potrebbe sostenersi che l'art. 3 della legge 15 settembre 1922 sia inapplicabile al processo contumaciale (159). Se dunque questo art. 3, che vieta al giudice di rilevare d'ufficio la propria incompetenza per valore quando l'azione sia di competenza di un giudice inferiore, è applicabile al processo contumaciale, non c'è ragione di non applicarlo al processo per ingiunzione, che dà luogo in sostanza ad una sentenza contumaciale anticipata; anche per il processo ingiunzionale si può infatti ripetere quello che il MORTARA giustamente osserva per il processo contumaciale: che, cioè, « nessun danno, anzi una garanzia più valida, deriva al convenuto dallo scambio che l'attore abbia fatto » (160) portando al giudice superiore una causa che per il suo valore sarebbe di competenza del giudice inferiore.

È verissimo, infine, che « se si domanda il sequestro conservativo al giudice di un luogo diverso da quello in cui dovrà essere eseguito... è legittima la ripulsa della istanza motivata da incompetenza » (161). Ma questo caso non mi pare che abbia ragioni di analogia col procedimento per ingiunzione: nel caso del sequestro conservativo domandato dal giudice di un luogo diverso da quello in cui deve essere eseguito (art. 926 Cod. proc. civ.) siamo di fronte a un caso di competenza *funzionale* (162), e quindi assoluta (163); il dovere del giudice di pronunciarla d'ufficio non deriva dunque dal fatto che il procedimento di sequestro si inizi *inaudita altera parte*, ma dal fatto che la competenza funzionale non ammette mai, anche nei procedimenti in contraddittorio, una proroga consensuale.

35. — Per ciò che si riferisce alla competenza territoriale, i poteri che ha il giudice nel procedimento ingiunzionale non sono diversi da quelli che il giudice ha nel procedimento ordinario: vige, cioè, il principio dell'art. 187 Cod. proc. civ., secondo il quale la incompetenza per territorio non può esser pronunciata d'ufficio.

---

(158) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 864.

(159) MORTARA, *Appendice*, pagg. 10-11, il quale insegna non solo che l'art. 3 è applicabile anche al processo contumaciale, ma che in questo caso la eccezione di incompetenza per valore non può neppure essere sollevata dal contumace in appello.

(160) *Ibidem*, pag. 11.

(161) *Ibidem*, pag. 84.

(162) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 531.

(163) *Ibidem*, pag. 487.

Questa mia affermazione è in reciso contrasto coll'opinione, manifestata da un commentatore (164), che il decr. 24 luglio 1922 abbia derogato per il procedimento ingiunzionale « alle norme generali del codice in materia di competenza » in quanto avrebbe « attribuito anche a quella per territorio il carattere assoluto e quindi rilevabile d'ufficio »; e pare che questa opinione trovi qualche appoggio nei lavori preparatorî del decreto suddetto (165). Ma, quando pur fosse dimostrato che i legislatori abbiano avuto l'intenzione di introdurre nel decr. 24 luglio 1922 una siffatta innovazione, apparirebbe tuttavia certo da un attento esame delle disposizioni di questo decreto che tale intenzione, anche se c'è stata, *non è riuscita a trasformarsi in legge.*

Basta ripetere, per convincersene, il ragionamento che abbiamo già fatto ad altro proposito: che, cioè, il decr. 24 luglio 1922 fa obbligo al giudice di verificar la propria competenza solo nei limiti in cui questo obbligo resulta da norme del Cod. proc. civ.; e che per l'art. 187 di questo codice la competenza per territorio non può mai esser rilevata d'ufficio, *neppure quando il convenuto è contumace.*

Io non entro a discutere qui se questa disposizione del nostro diritto meriti di esser modificata, e se non sarebbe più opportuno stabilire in *jure condendo* che il giudice, in contumacia del convenuto, debba d'ufficio dichiarare anche la propria incompetenza per territorio (166). Dico semplicemente che per ora questa disposizione non è stata abrogata, e che pertanto essa conserva il suo pieno vigore anche di fronte al procedimento per ingiunzione.

Ciò premesso, è innanzi tutto indubitabile che il giudice non ha, nel procedimento per ingiunzione, potere di ricercare d'ufficio se i fatti sui quali si basa la competenza per territorio siano veri. È regola fondamentale del procedimento monitorio che per i fatti concernenti la competenza per territorio basta la semplice affermazione del creditore per farli ritener come veri fino a che il debitore non li contesti in sede di opposizione (167); né d'altra parte i fatti su cui si fonda la

---

(164) Indri, op. cit., pag. 39. [Cfr., ora, in questo senso, Lucarini, *L'ingiunzione italiana*, n. 11.]

(165) L'Ufficio centrale del Senato, discutendo il disegno di legge del proc. per ingiunzione, propose al Senato nella seduta del 3 luglio 1922 di esprimere il voto che nella compilazione definitiva della legge fossero tenuti presenti alcuni punti, tra i quali il seguente (n. III): « Il magistrato deve estender la indagine preliminare sulla propria competenza anche a quella per territorio ». La proposta fu approvata (Atti del Senato, Legisl. XXVI, Sessione 1921-22; Discussioni, pag. 3368).

(166) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 864.

(167) Stein, *Komm.*, § 689, III; § 690, III; § 691, I, 3. Hellwig, *System*, II, § 253, III, 1, *a*). Lo stesso vale, secondo la dottrina germanica per il processo

competenza per territorio rientrano, in quanto tali, tra quelli di cui, nel nostro procedimento per ingiunzione, è richiesta la prova scritta (168). Questo principio vale non solo per i fatti da cui si desume il foro generale del debitore, ma anche per quelli relativi alla esistenza di un foro speciale: se, pertanto, il creditore afferma nel suo ricorso che il foro da lui adito è quello della residenza del debitore (art. 90 Cod. proc. civ.) o quello del domicilio eletto (art. 95) o quello del pagamento (art. 91 cpv.), il giudice non può d'ufficio, in mancanza di opposizione del debitore, ricercar se queste affermazioni corrispondono a verità e dichiararsi d'ufficio incompetente nel caso che gli resultino non vere.

Ma c'è di più: che, cioè (a differenza di quanto abbiamo affermato, *retro* n. 32, per la incompetenza per valore) la incompetenza per territorio non potrebbe essere rilevata d'ufficio neanche se dallo stesso ricorso e dagli uniti documenti risultassero circostanze tali da indurre nel giudice, senza bisogno di altre indagini, la persuasione che il debitore avrebbe ragione per eccepire la incompetenza territoriale. Secondo il nostro diritto, infatti, nel quale vige il principio che il giudice non può mai pronunciare d'ufficio la incompetenza territoriale (art. 187 Cod. proc. civ.), il giudice è sempre competente per territorio fino a che il convenuto non eccepisca fondatamente la incompetenza territoriale (169): sicché, anche se il foro adito dal creditore non corrisponde a quello che sarebbe normalmente competente per territorio (se, poniamo, il creditore domanda l'ingiunzione al giudice del proprio domicilio, mentre dal ricorso risulta che il debitore è domiciliato altrove), è sempre lecito ritenere che il foro adito, se non è territorialmente competente come *forum domicilii*, possa tuttavia esser tale, in mancanza di eccezione da parte del debitore, come *forum prorogatum*. Il giudice non potrebbe quindi dichiararsi d'ufficio incompetente per territorio in una situazione simile; perché al momento in cui il creditore gli domanda l'emanazione della ingiunzione, non vi è certezza che egli sia territorialmente incompetente ad emanarla, anzi egli è fin da allora territorialmente competente *a condizione che*

---

contumaciale: cfr. *System*, I, § 198, II, 2, *b*; e in genere, anche per il procedimento ordinario, si accoglie il principio che, in tema di competenza relativa (prorogabile) i fatti confessati o non contestati non hanno bisogno di prova, sicché la prova dei fatti da cui si desume la competenza per territorio è necessaria solo in quanto essi siano contestati dal convenuto (*System*, cit., § 59, II, 1). Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 657.

(168) Anche nell'*Urk. Pr.* germanico, in cui l'esistenza dei fatti costitutivi del credito dev'esser provata per iscritto, non è richiesta la prova scritta dei fatti concernenti i presupposti processuali: HELLWIG, *System*, II, § 251, I, 2, *a*, β.

(169) CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 864 e 737.

il debitore non sollevi successivamente, mediante opposizione, la eccezione di incompetenza (170).

§ 9. — *b*) Ricusazione e astensione nel processo monitorio.

36. — Come sono applicabili al procedimento per ingiunzione le norme del tit. II del Cod. proc. civ. che regolano la capacità obiettiva dei giudici (competenza), così ritengo applicabili ad esso le norme dello stesso titolo che ne regolano la capacità subiettiva in relazione agli istituti della ricusazione ed astensione (artt. 116-131 Cod. proc. civ.) (171).

Il giudice, investito di un ricorso per ingiunzione, il quale sappia di trovarsi di fronte al ricorrente in una delle condizioni previste dall'art. 116, avrà il dovere di astenersi; come reciprocamente il creditore, che voglia valersi del procedimento per ingiunzione, potrà nelle stesse condizioni ricusare preventivamente il giudice che dovrebbe esserne investito. Né sarebbe lecito osservare in contrario che gli istituti della astensione e della ricusazione dovrebbero trovar luogo, ove ne fosse il caso, soltanto nella seconda fase del procedimento monitorio, perché soltanto quando fosse sorta colla opposizione del debitore una controversia attuale, nascerebbe da ciò per la prima volta nelle parti l'interesse ad assicurarsi un giudice imparziale per deciderla: a ciò sarebbe facile replicare da una parte che secondo le disposizioni del codice di procedura il diritto di ricusazione e il corrispondente dovere di astensione non è limitato ai soli casi in cui il giudice sia chiamato a sentenziare (art. 118; art. 122), e dall'altra che anche nella prima fase del procedimento monitorio il giudice esplica un vero e proprio potere di decisione, se, come altrove abbiamo dimostrato (*retro*, I, n. 20), l'ingiunzione non è altro in sostanza che una sentenza contumaciale anticipata.

Se il procedimento ingiunzionale da iniziare è di competenza del giudice unico (Conciliatore o Pretore), il creditore può proporre la ricusazione mediante dichiarazione depositata nella cancelleria rispet-

---

(170) Sulla necessità che il debitore eccepisca la incompetenza territoriale nello stesso atto di opposizione, per essere in regola coll'art. 187 capoverso Cod. civ., cfr. Appello Bologna, 20 febbraio 1924, in *Foro it.*, 1924, I, 504. Nello speciale procedimento monitorio regolato dall'art. 379 Cod. proc. civ., il giudice dovrebbe d'ufficio dichiararsi incompetente quando, trattandosi di spese ed onorarii dovuti per una causa, il creditore non avesse seguito la norma di competenza contenuta nell'art. 103; ciò non contraddice a quanto è detto nel testo: perché la competenza dell'art. 103 ha carattere *funzionale* (Chiovenda, *Principii*, pag. 534).

(171) Per il dir. germ., Stein, *Komm.*, § 688, Vorb. III.

tiva, prima di presentare il ricorso per ingiunzione (art. 121 n. 2 Cod. proc. civ., colle modificazioni richieste dalla speciale struttura del proc. monitorio: cfr. § 43 *CPO* germ.). Uguale via mi sembra che il creditore dovrebbe seguire quando, appartenendo il credito alla competenza per valore di un Tribunale, ritenesse di aver motivi sufficienti per ricusare il presidente, cui spetta emanar la ingiunzione. Se invece, in quest'ultimo caso, il creditore si trovasse in condizione di ricusare alcuno dei giudici componenti il collegio, dovrebbe riservar la ricusazione al caso in cui l'opposizione del debitore rendesse necessaria la decisione collegiale: e in tale ipotesi (e lo stesso potrebbe dirsi per la ricusazione proposta dal debitore opponente) dovrebbe proporre la ricusazione mediante ricorso al presidente tre giorni prima dell'udienza stabilita nell'atto di opposizione (artt. 8 e 10 del decr. 24 luglio 1922 comb. coll'art. 121 n. 1), o almeno prima della discussione, quando al ricusante non fosse noto anteriormente il nome dei giudici chiamati in quell'udienza a prender parte nella causa (art. 121 cit.).

§ 10. — *c*) La rappresentanza processuale nel procedimento monitorio.

37. — Per ciò che si riferisce ai presupposti processuali concernenti le parti, non c'è niente di speciale da dire sulla capacità d'esser parte e sulla capacità di stare in giudizio: per questi due presupposti valgono per il procedimento ingiunzionale le stesse regole e si potrebbero fare le stesse questioni che valgono e sono state fatte per il procedimento ordinario. Qualche modificazione alle norme vigenti per il procedimento ordinario è stata invece apportata dal decr. 24 luglio 1922 in tema di *jus postulandi.*

L'intervento del procuratore legale, facoltativo per i procedimenti ingiunzionali di competenza del Conciliatore o del Pretore (172), è obbligatorio per quelli che si svolgono dinanzi al Tribunale (173): « il ricorso è sottoscritto dal procuratore se l'affare è di competenza del Tribunale. Negli altri casi può esser sottoscritto dal creditore » (art. 2). In ciò il decr. 24 luglio 1922 non fa altro che uniformarsi alla

---

(172) In questi procedimenti, se il creditore non vuole firmare da sé il ricorso, come l'art. 2 gli consente, può far firmare in suo nome il ricorso non solo da un procuratore legale, ma anche da un mandatario scelto tra le categorie di persone specificate dagli artt. 6 e segg della legge 1° luglio 1901, modificata dagli artt. 15 e 19 del decr. 20 settembre 1922.

(173) Nel dir. germ. e austriaco l'intervento del procuratore legale non è mai obbligatorio nella prima fase del proc. monitorio: la domanda di ingiunzione può sempre essere presentata dal creditore in persona, e anche *a voce* (*CPO* germ., § 702; legge austr. 27 aprile 1873, § 4). Cfr. Skedl, op. cit., pag. 151.

prima parte dell'art. 156 Cod. proc. civ.; si allontana invece dal capoverso dello stesso articolo (comb. art. 231 reg. giud), in quanto l'obbligatorietà dell'intervento del procuratore non vien meno neanche negli affari commerciali (174).

Nei casi in cui il ricorso per ingiunzione è firmato, anziché dal creditore, dal suo procuratore, il mandato deve resultare da atto scritto (art. 2 cpv.) (175), redatto di regola nelle forme volute dall'art. 48 Cod. proc. civ. Negli affari commerciali è applicabile anche al procedimento ingiunzionale l'art. 47 Cod. comm. (mandato per telegramma autenticato). Ritengo altresì applicabili per analogia al procedimento monitorio quelle disposizioni (art. 1 legge 28 luglio 1895 sui Conciliatori; art. 395 Cod. proc. civ. colla modificazione introdotta dall'art. 23 del decr. 20 settembre 1922; ed ora, in generale, art. 41 R.D. 26 ottobre 1923, n. 2275) che consentono il mandato per scrittura privata in fine dell'atto di citazione; nel senso che il mandato possa essere scritto in fine del ricorso. A ciò mi induce il considerare da una parte che l'equiparare all'atto di citazione il ricorso non ha niente di repugnante alla natura di questo, il quale, sia pur con inversione della iniziativa del contraddittorio, cumula in sé gli effetti di una potenziale citazione in giudizio (176); dall'altra che sarebbe andar contro la stessa ragion d'essere del procedimento ingiunzionale, esiger per esso formalità più rigorose di quelle richieste per il proc. ordinario (177).

§ 11. — *d*) Altri presupposti: eccezioni processuali (litispendenza).

38. — Parlando dei presupposti processuali, la cui sussistenza deve esser verificata d'ufficio dal giudice prima di emanar la ingiunzione, non è il caso di occuparci delle altre cause di inammissibilità della domanda, che possono essere valutate dal giudice soltanto dietro iniziativa del convenuto: siffatte circostanze potranno esser prese in considerazione dal giudice solamente nella seconda fase del procedimento ingiunzionale, qualora il debitore, valendosi del suo diritto di fare

---

(174) Sulle ragioni che hanno consigliato il legislatore a sopprimere per il procedimento ingiunzionale la differenza tra cause civili e cause commerciali consacrata nell'art. 156, cfr. esaurientemente Mortara, *Appendice*, cit., pagg. 82-83.

(175) Sulla disposizione del § 703 *CPO* germ., che non esige la prova scritta del mandato, ma si contenta della semplice affermazione del sedicente mandatario che presenta il ricorso, cfr. Skedl, op. cit., pag. 151 e segg.; Hellwig, *System*, II, § 253, III, 3 (pag. 71).

(176) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 1195.

(177) Cfr. per l'applicabilità del § 30 *CPO* austr. anche al *Mandatsverfahren*, Ott, scritto cit., pag. 291.

opposizione, sollevi le corrispondenti *eccezioni processuali* (eccezione di litispendenza, di compromesso, ecc.). A proposito della litispendenza giova tuttavia avvertire fin d'ora che il significato di questo concetto varia, in relazione al procedimento per ingiunzione, secondoché si veda in questo procedimento nient'altro che uno strumento destinato a far valere in forma abbreviata l'ordinaria azione di condanna, ovvero lo si consideri come espressione processuale di una speciale azione sommaria, dotata di sue particolari condizioni. Se si segue il primo avviso, basta, perché si verifichi quella identità delle cause che dà luogo alla eccezione di litispendenza, che prima dell'inizio del procedimento ordinario (la diversità della forma di procedimento non distrugge infatti la identità dell'azione *di condanna*); se invece si segue la seconda opinione (che io respingo), la eccezione di litispendenza non potrà esser sollevata dal debitore se non quando sia contemporaneamente pendente per lo stesso credito un altro procedimento ingiunzionale, mentre, se per lo stesso credito fosse stato iniziato in precedenza un procedimento ordinario, si dovrebbe vedere qui non già un caso di litispendenza (non essendovi identità tra una azione di condanna e un'azione sommaria), ma un caso di concorso di azioni connesse, coincidenti per le persone, la causa e l'oggetto mediato (oggetto del credito), ma diverse per la natura dell'oggetto immediato, (cioè per la natura del provvedimento giurisdizionale).

III. — PER LA VITALITÀ DEL PROCEDIMENTO INGIUNZIONALE

§ 1. — Il procedimento monitorio in relazione all'eccessivo lavoro dei tribunali.

Sommario: 1. Premesse: il problema dell'eccessivo affollamento dei tribunali. — 2. Rimedî per sfollare l'udienza; il procedimento monitorio come strumento per sgombrare l'udienza dai processi contumaciali. — 3. Il decreto 24 luglio 1922 sul procedimento per ingiunzione: si presenta come idoneo al raggiungimento di questo scopo?

1. — Quale sia il problema più urgente della giustizia civile, problema la cui gravità è andata aumentando in questi ultimi mesi, dopo l'avvenuto concentramento presso i tribunali maggiori del lavoro giudiziario finora sbrigato bene o male dai soppressi tribunali di provincia — comprende da sé anche un profano, digiuno di studî processualistici e ignaro delle riforme in preparazione, sol che abbia la pazienza di assistere a una udienza civile nel tribunale di una grande città: quando egli vedrà che in questa udienza la mattinata intera si consuma nella prima chiamata delle duecento o trecento cause iscritte sul ruolo e che la maestà della giustizia si impersona per qualche ora nella voce stentorea di un ufficiale giudiziario che, come un chiamator di carrozze all'uscita del teatro, tenta di farsi udire in mezzo al vociare degli avvocati, non già per incitarli a trattar le loro cause, ma per avvertirli che, se non vogliono essi rinviarle volontariamente, provvederà il presidente a rinviarle d'ufficio, comprenderà come sia ingenuo, finché c'è nei tribunali un tale affollamento di cause e un tale ingombro di lavoro arretrato, sperare in una giustizia che sia contemporaneamente sollecita e meditata, e pretendere così che proprio nelle travagliate aule dei tribunali si dian convegno quelle due virtù, il far presto e il far bene, non solite ad accompagnarsi altrove.

In verità, specialmente nei tribunali di prima istanza delle grandi sedi, i litiganti stessi intendono che a magistrati ridotti alla funzione quasi manuale di fabbricanti di sentenze in serie non si può chiedere quella dotta valutazione del caso giuridico, quella elegante discussione di tutti i suoi aspetti, che può uscire soltanto da lungo studio e da

pacato raccoglimento di pensiero. Ormai il trofeo al quale aspira chi osa intraprendere la « lotta per il diritto » non è più tanto una sentenza giusta e ben motivata, quanto una sentenza purchessia che permetta di adire il giudice di appello; ed anche chi ha potuto altra volta rimproverare agli avvocati la sistematica tendenza al temporaggiare alimentata dal brocardo furbesco « *dum pendet rendet* », deve riconoscere che oggi in certi tribunali la prima origine del ristagno giudiziario dev'essere cercata piuttosto nella insufficienza dei giudici che nel malvolere dei difensori, i quali molto spesso, per riuscire a spedire una causa, debbono sostenere una lotta a corpo a corpo col presidente, che vorrebbe a tutti i costi rinviarla d'ufficio ancora una volta.

In certi tribunali, per dare una sodisfazione... morale agli avvocati, si è giunti perfino a stabilire una nuova forma di rinvio, che dicesi, con terminologia tolta alle tariffe telegrafiche, rinvio « con precedenza »: il quale costituisce per la causa rinviata con questa formula una specie di... credito privilegiato nel turno della udienza successiva!

Il problema fondamentale della giustizia, di fronte al quale vanno in seconda linea tutte le altre questioni della riforma giudiziaria, è dunque innanzi tutto questo: mettere i tribunali in condizione di lavorare con calma, liberandoli dal soverchio carico di cause che dà necessariamente a tutte le loro pronuncie l'impronta della frettolosa improvvisazione. Questo problema non è soltanto italiano; anzi da noi è meno pauroso che altrove: in Germania, specialmente in conseguenza delle iperboliche oscillazioni della valuta che hanno sovvertito tutti i criterî per la determinazione del valore delle cause, da anni, prima della riforma del 13 maggio 1924, si sono susseguite piccole riforme processuali le quali portavano già nella loro intitolazione (*Ges. zur Entlastung der Gerichte*, 9 settembre 1915; 18 maggio 1916; 11 marzo 1921; 8 luglio 1922) (1) la rivelazione dello scopo che esse affannosamente perseguivano: alleggerire, scaricare i tribunali dell'eccessivo ingombro di processi. Ma anche in Italia il problema non è lieve: sicché anche da noi, non potendosi per evidenti ragioni finanziarie pensare a un adeguato aumento di personale nei tribunali più sovraccarichi, lo scampo deve essere cercato, anziché in un aumento del numero dei giudici, nella diminuzione del numero delle cause.

Non credo che sarebbe un buon metodo per riportare l'equilibrio tra il numero dei giudici e il numero delle cause da decidere, quello

---

(1) Cfr. le mie note *Le riforme processuali in Germania dall'inizio della guerra*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 165; [*I processualisti tedeschi contro le recenti riforme del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1, 365; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Le recentissime riforme al processo civile in Germania*, ivi, pag. 261].

di lasciar correre nel campo giudiziario le cose per la china in cui vanno ora, nella illusione che quanto più l'accesso alla giustizia è ostacolato da leggi complicate e quanto più tardo è il cammino dei processi, tanto più si debbano scoraggiare i litiganti di mala fede e le cause ridursi a quelle serie e fondate: in realtà il litigante di mala fede non ha nulla da temere dalle complicate procedure che meglio favoriscono le imboscate e i temporeggiamenti; e chi ne soffre sono gli altri, gli onesti, i quali alla fine si rassegnano a tollerare il torto in silenzio, pur di non andare incontro a quel lutto domestico che è oggi una causa civile.

Di fronte a questo metodo ultrasemplicistico, il quale si potrebbe paragonare alla illusione di chi credesse di far diminuire il numero delle malattie col rincarare il prezzo dei medicinali e col ridurre il numero degli ospedali, io credo invece che il primo mezzo per diminuire il lavoro dei tribunali sia proprio quello di riformare dalle fondamenta il processo civile, per renderlo agevole, semplice e meno costoso. Anche se in questo modo fosse prevedibile da principio un apparente aumento di litigiosità, derivante, come avvenne in Austria dopo l'attuazione del processo orale, dalla aumentata fiducia dei cittadini nella serietà della giustizia e dalla conseguente minor ritrosia di essi a chiedere ai tribunali la tutela del loro diritto, questo maggior ingombro sarebbe non solo compensato, ma d'assai superato dal fatto che ciascun processo, per la maggiore agevolezza e il più rapido funzionamento dei suoi congegni, avrebbe più breve durata: sicché ridurre la durata di ciascun processo vorrebbe dire in ultima analisi diminuire la somma del lavoro giudiziario complessivo.

Ma oltre che con questa « cura ricostituente » a lunga scadenza, la quale, se vorrà raggiunger lo scopo, dovrà obbedire alla legge edonistica e quindi apportare in ogni congegno del processo un più razionale ed economico impiego di tempo e di energie, il problema dell'eccessivo ingombro dei tribunali può essere affrontato anche con « cure specifiche ». Così in Germania c'è chi confida molto (ma non saprei con quanto fondamento!) nella istituzione di un procedimento preliminare di conciliazione obbligatoria, tema favorito dei proceduristi tedeschi di questi ultimi anni (2), i quali vedono in esso il mezzo adatto per ridurre al minimo il numero delle cause da decidere in sede contenziosa. Altri spera la salute dalla estensione e dal perfeziona-

---

(2) Specialmente l'introduzione di questa conciliazione obbligatoria (*Güteverfahren*) è sostenuta in Germania dalla parte socialista: cfr. il mio scritto *Il programma di politica giudiziaria dei socialisti tedeschi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pag. 159: e letteratura ivi in nota 3.

mento dell'arbitrato, la cui struttura dovrebbe essere semplificata in modo da invogliare i litiganti a preferire in misura sempre più ampia gli arbitri ai tribunali (una specie di quello che il ministro Gentile ha fatto per la scuola media: dare incremento alle scuole private per sfollare le scuole di Stato) (3).

Qualche buon risultato si è potuto conseguire da noi coll'andata in vigore della legge 15 settembre 1922 n. 1287 sulla competenza dei Pretori, che ha tolto agli organi collegiali l'ingombro di una quantità di cause di piccolo valore. Ma a risolvere il problema dell'eccessivo lavoro dei tribunali gioveranno sopra tutto quelle misure colle quali, pur senza impedire che tutte le azioni possano liberamente esser portate al giudizio dei pubblici magistrati, si riuscirà a fare una cernita fra le cause nelle quali esiste una lite effettiva che non può esser troncata se non da una sentenza preceduta da indagini approfondite sulle contrapposte ragioni dei litiganti, e quelle in cui la lite è soltanto apparente, in quanto una delle parti è disposta a riconoscere, esplicitamente e implicitamente, le ragioni dell'avversario. È evidente che per queste due categorie di cause non occorre lo stesso dispendio di cautele processuali: quella lunga ma necessaria trafila di rigorose formalità che mira a garantire lo svolgimento del contraddittorio in udienza, appare come un perditempo in quelle cause in cui una delle parti non ha niente da contrapporre alle ragioni dell'avversario, e in cui l'intervento dell'organo giudiziario non è tanto richiesto per decidere una questione giuridica quanto per dare al creditore insoddisfatto un titolo esecutivo contro il debitore che, pur riconoscendo il suo debito, non può o non vuole pagare (4).

Per questa seconda categoria di cause l'udienza e il contraddittorio sono un sovrappiù: occorre trovare il modo di sbrigarle in modo semplice e più economico, dietro le quinte della giustizia, senza ingombrare del loro peso morto la ribalta del dibattimento.

2. — Un mezzo molto efficace e molto ingegnoso per sfollare l'udienza, è nel processo austriaco l'udienza preliminare (*Vortermin*), destinata non soltanto a una prima cernita delle varie questioni che

---

(3) Cfr. CARNELUTTI, *Per una riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, 56; HOFFMANN, *Schiedsrichterliche Entscheidungen durch die ordentlichen Gerichte*, in *D.I.Z.*, 1923, 84. Si ricordi anche la proposta di « compromesso obbligatorio » fatta dall'on. MEDA (nel *Corriere d'Italia* del giugno 1921). [In che misura questi istituti siano entrati nella recente riforma del processo civile germanico 13 maggio 1924, cfr. in MENDELSSOHN-BARTHOLDY, scritto cit., in *Riv. dir. proc.*, I, 1, 261].

(4) Cfr. STEIN, *Zur Iustizreform* (Tübingen, 1907), pagg. 92-93.

ciascuna lite può presentare, ma anche ad esaurire dinanzi al presidente quelle cause per le quali il dibattimento dinanzi al collegio si presenti come superfluo (5).

Auguriamoci che la imminente riforma del procedimento ordinario faccia tesoro anche da noi di questa udienza preliminare, che gli stessi processualisti germanici invidiano all'Austria (6); ma intanto possiamo avvertire che allo stesso scopo di esaurire prima che siano portate all'udienza del collegio le liti apparenti, mira anche, sia pure in forma più modesta e meno palese, il procedimento monitorio o ingiunzionale, introdotto da noi come procedimento generale dal decr. 24 luglio 1922. Il principio quanto mai economico, sul quale questo procedimento si basa, è noto: dall'osservazione sperimentale che certe categorie di controversie (come potrebbero essere, ad esempio, quelle in materia di proprietà immobiliare) hanno di solito un lungo e complicato svolgimento, ricco di incidente e di mezzi istruttorî, mentre certe altre (come sarebbero quelle in materia di crediti in denaro) raramente danno luogo a fondare eccezioni da parte del convenuto, il quale si fa citare in giudizio non già perché abbia ragioni serie da contrapporre alle richieste del creditore, ma soltanto perché gli mancano i mezzi per sodisfarle, si istituisce una specie di calcolo delle probabilità, il quale induce a ritenere che nelle cause di questa seconda categoria saranno assai più frequenti che in quelle della prima le sentenze di condanna basate sulla contumacia del convenuto o sul suo esplicito riconoscimento; e allora, poiché per questa seconda categoria è molto più facile che il contraddittorio e l'udienza riescano un mero perditempo, si sottraggono a priori queste cause alla trafila ordinaria del processo di cognizione e si affidano a una speciale forma di procedimento, in cui la iniziativa del contraddittorio viene invertita dallo attore nel convenuto, il quale presumibilmente provocherà il dibattimento solo in quei casi in cui avrà qualche cosa di serio da opporre alle pretese del creditore.

Il procedimento monitorio ci si presenta dunque, quando lo si consideri sotto l'aspetto della politica giudiziaria, come un mezzo destinato a sottrarre alle lungaggini del processo ordinario e specialmente allo stagnante ingorgo dell'udienza tutte quelle cause in cui è prevedibile che il convenuto resterebbe contumace o tutt'al più si limiterebbe a contraddire soltanto *pro forma*. Se dal punto di vista giuridico il

---

(5) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 696; e *La riforma del procedimento civile*, Relazione, §§ 128-130.

(6) Cfr. WACH, *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses* (Berlin, 1914), pag. 95 e segg.

procedimento monitorio si può considerare come un caso di contumacia *provocata* (cfr. *retro*, I, n. 20), questo ravvicinamento fra procedimento monitorio e procedimento ingiunzionale non è meno esatto dal punto di vista politico, ché proprio a liberare l'udienza dall'ingombro dei processi contumaciali, autori e legislatori (7) invocano come rimedio sovrano l'introduzione di questo procedimento per ingiunzione, il quale costituisce anche per motivi psicologici (8) un efficace calmante dello spirito di litigiosità; mentre, infatti, l'invito a comparire all'udienza, che è contenuto nella citazione, serve molte volte di istigazione al cavillo, e il contraddittorio sembra fatto assai volte più per aizzare che per sedare i dissensi, il procedimento monitorio, che trasferisce nel debitore la iniziativa e quindi la responsabilità morale del contraddittorio, sembra fatto per dissuaderlo dall'intraprendere una reazione infondata, sicché nella massima parte dei casi non è inesatto ritenere che la preclusione derivante dalla mancanza di reazione si basi su una vera e propria « presunzione di consenso » (9).

È facile intendere, ciò premesso, quale importanza pratica potrebbe avere il procedimento monitorio di fronte al problema della riforma processuale, quando veramente esso riuscisse ad assorbire in sé la massima parte delle cause contumaciali. Ma per raggiungere questo scopo è necessario che il procedimento monitorio sia, nella sua struttura positiva, disciplinato in modo da invogliare i creditori a preferirlo al procedimento ordinario; ché altrimenti sarebbe ingenuo magnificarlo come un utile surrogato del processo contumaciale, quando poi nella pratica si vedesse che fra il processo contumaciale e il suo surrogato non è quest'ultimo il male minore! Di fronte al decr. 24 luglio 1922, il quale ha introdotto anche da noi il procedimento ingiunzionale generale, io mi propongo appunto di esaminare se questa riforma nella sua concreta attuazione si presenti come idonea a produrre quel benefico decongestionamento delle udienze che in teoria sarebbe lecito attendere da essa.

3. — Il decr. 24 luglio 1922 è nato sotto cattiva stella. Era ancora in gestazione, che già qualche studioso ne diceva male (10); era in vita da pochi mesi, e già il suo più autorevole propugnatore ed artefice del disegno di legge da cui questo decreto è nato, ne prevedeva ne-

---

(7) Cfr. MORTARA, *Commentario*, V, n. 14 e le citazioni *retro*, note 78 e segg.

(8) Cfr. le acute osservazioni di A. MUSATTI, in *Foro Veneto*, 1923, 288.

(9) DE PALO, *Titolo esecutivo*, pag. 35.

(10) SEGNI, *Note critiche in tema di legisl. di dir. proc.*, in *Studi sassaresi*, 1922, 198.

cessaria ed imminente la riforma (11), o più di recente ne qualificava le norme come « infelici e fatalmente sterili » (12).

In verità io credo che questa critica così severa fatta dal MORTARA, il quale più d'ogni altro, sia per aver preso parte preminente ai lavori preparatorî di questo decreto, sia per averne illustrato, in un apposito commento, le disposizioni, è in grado di valutarne le ragioni ed i pregi, non sia eccessiva: giacché non soltanto si trovano in questo decreto numerose inesattezze di tecnica legislativa (cfr. oltre, § 2), destinate a far pullulare nella pratica quella *vexatae quaestiones* di pura forma che sono la delizia dei causidici e la peste delle procedure, ma vi si trovano addirittura intere disposizioni (cfr. oltre, § 3) che sembrano studiate apposta per rendere complicato e pericoloso questo procedimento che dovrebbe essere sbrigativo e sicuro, e per spaventare ed allontanare coloro ai quali esso dovrebbe servire: simile in ciò a certi deliziosi regolamenti di biblioteche italiane (mi sia perdonato il bizzarro ravvicinamento; ma lo stesso spirito burocratico è riconoscibile nelle più disparate manifestazioni!) i quali riescono così bene a cinger di fastidiose garanzie e di moleste limitazioni l'uso delle sale di lettura, che gli studiosi veri quando vi sono stati una volta si guardano bene dal rimettervi piede!

Se poi si aggiunge a tutto questo che il procedimento monitorio, anche quando è regolato in modo sodisfacente, ha in sé motivi non trascurabili per suscitar l'ostilità dei legali che si guardano perciò dal raccomandarlo ai clienti (cfr. oltre, § 4), si intenderà facilmente fin d'ora come i resultati pratici del decreto 24 luglio 1922 non possano essere stati molto brillanti.

§ 2. — PER QUALI RAGIONI IL PROCEDIMENTO INTRODOTTO DAL DECRETO 24 LUGLIO 1922 È INADEGUATO AL SUO SCOPO: *a*) DIFETTI DI TECNICA LEGISLATIVA.

SOMMARIO: 4. Imperfezioni di forma nella redazione di alcuni articoli. — 5. Esempî: in specie la opposizione fuori termine nell'art. 11.

4. — Sarebbe temerario affermare che il testo del decr. 24 luglio 1922, quale è uscito dalle discussioni parlamentari, sia un modello di esatta formulazione tecnica e di bello stile legislativo. È noto che il disegno di legge da cui uscì questo decreto, allo scopo di evitare la lungaggine di una discussione parlamentare degli articoli, fu ap-

(11) MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 107, pag. 117 ecc. [Cfr. anche *Comm.*, 4ª ed., vol. V, n. 558].

(12) *Per il nuovo Codice della procedura civile* (Torino, 1923), n. X, pag. 30.

provata dalle Camere soltanto nelle sue linee di massima, con mandato al Governo di redigerne il testo definitivo tenendo conto delle discussioni avvenute nei due rami del Parlamento (13): ed è noto altresì che il testo originario del disegno di legge fu redatto da LODOVICO MORTARA, il quale essendo Ministro della Giustizia, lo presentò il 10 dicembre 1919, al Senato, che lo approvò il 5 febbraio 1920. Tuttavia anche con questa procedura, la quale poteva avere il vantaggio di sottrarre alla discussione parlamentare i dettagli tecnici della riforma, il disegno di legge, approvato nelle sue linee essenziali, non poté sfuggire, specialmente nell'esame di esso che fu compiuto dagli Uffici, a quella miope critica a colpi di spillo, spesso superficiale e incapace di coordinare i particolari allo spirito informatore dell'istituto, della quale proprio si voleva evitare il pericolo: sicché il testo originario apparve in molte disposizioni guasto e travisato, e infarcito di numerose « interpolazioni » che rivelano troppe volte la mano inesperta degli improvvisatori.

Per avere una prova della verità di quanto io dico, basta confrontar tra di loro il disegno originario del progetto MORTARA, quale è allegato alla legge 9 luglio 1922, col testo definitivo, che tien conto delle discussioni parlamentari, del decreto 24 luglio 1922. Il primo, pur partendo da una concezione del procedimento monitorio dalla quale in alcuni punti io rispettosamente dissento, ha la organicità e la omogeneità di un meccanismo di precisione, che l'ideatore, prima di costruirlo, ha pensato in movimento, coordinando tra loro i varî congegni da un punto di vista essenzialmente dinamico. Ma quando esaminiamo le disposizioni del decreto 24 luglio 1922 non si riesce a cacciar via l'impressione che i valentuomini, ai quali si deve la compilazione del testo definitivo, si siano dati la pena di esaminare la stessa macchina smontata pezzo per pezzo, senza avere un'idea precisa del suo funzionamento, e che abbiano voluto dire a tutti i costi la loro opinione rispettabilissima sulla misura di qualche rotellina e sulla curvatura di qualche leva, senza domandarsi se quella piccola variazione di un particolare non fosse tale da impedire per avventura il moto degli ingranaggi essenziali! Il che conferma ancora una volta, se pur ve ne fosse bisogno, la necessità che il testo delle leggi, e specialmente di quelle essenzialmente tecniche quali sono le leggi di procedura, sia sottoposto prima della pubblicazione a una revisione formale, a una specie di collaudo, per dir così, affidato a specialisti, capaci di dare a tutte le disposizioni quella rigorosa esattezza di forma, quella omogeneità di terminologia senza la quale è vano sperare che

(13) Cfr. MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 70; i precedenti parlamentari si trovano citati anche *retro*, I, nota 28.

possano essere evitate nella pratica giudiziaria le incertezze e i conflitti di interpretazione. Né mi sembra che si offenda la dignità del Parlamento col riconoscere che la qualità di autorevole uomo politico può benissimo andare scompagnata dalla qualità di procedurista esperto, com'è luminosamente provato da quel commento del decr. 24 luglio 1922 pubblicato dal sen. INDRI, relatore dell'Ufficio centrale del Senato (14), sul quale in coscienza non potrei consigliare gli studenti di andare a imparare i principî del procedimento per ingiunzione!

5. — Di queste inesattezze di formulazione tecnica, di questi difetti di coordinazione sistematica che saranno domani la delizia dei causidici, il decr. 24 luglio 1922 è pieno; e sarebbe facile, se mettesse conto, citare a diecine gli esempî.

Se ci volessimo fermare alle semplici improprietà di terminologia, potremmo citare nell'art. 9 un esempio tipico di come si possa in una stessa disposizione adoperare per tre volte lo stesso vocabolo in senso successivamente diverso. Questo è, anche qui, l'effetto di una interpolazione introdotta nel testo originario dall'Ufficio centrale del Senato (15): poiché, mentre l'art. 9 quale era nel disegno MORTARA, regolando il tentativo di conciliazione, adoperava per due volte la parola « parti » nel senso proprio (cioè per indicare i litiganti *in persona*), l'art. 9 del testo definitivo contiene nella sua parte centrale una specie di zeppa interposta, nella quale la stessa parola « parti » è usata in un senso più ampio, che comprende anche i procuratori delle parti. Anche questo secondo significato è ammesso nella nostra pratica e trovasi espressamente consacrato dall'art. 55 del reg. 31 agosto 1901; ma non pare che sia altrettanto ammissibile, dal punto di vista della buona tecnica legislativa, che in uno stesso articolo, in cui tutta la *vis* delle disposizioni sta nel distinguere tra la comparizione delle parti in persona e la comparizione dei loro procuratori, si adopri una stessa parola per indicare ambedue i termini che si vogliono distinguere, attribuendo ad essa la virtù camaleontica di cambiare ripetutamente significato da una proposizione all'altra dello stesso periodo!

Fin qui, però, si tratta di semplici inesattezze di espressione, tali che basta a supplirvi il buon senso di qualunque anche mediocre interprete: e qualcuno potrebbe pensare che rilevare queste minuzie sia sterile pedanteria. Ma in altri casi le interpolazioni introdotte du-

---

(14) *Il procedimento d'ingiunzione*, già citato. Su alcuni degli errori contenuti in questo commento ho già avuto occasione di trattenermi *retro*, II, nn. 23, 33, ecc.

(15) Cfr. il punto n. V dell'ordine del giorno presentato dalla Commissione dell'Ufficio centrale del Senato nella saduta del 3 luglio 1922 (Atti del Senato, Legisl. XXVI, 1ª Sessione, Discussioni, pag. 3368).

rante le discussioni parlamentari hanno portato addirittura a palesi controsensi che nessuna abilità d'interprete riuscirebbe a giustificare: alludo specialmente all'art. 11, sul quale pare opportuno fermarci un poco più a lungo, perché esso è uno dei campioni più cospicui del complicato bizantinismo in cui si perdono certe disposizioni di questo decreto. L'art. 11 regola la opposizione all'ingiunzione fatta dopo la scadenza del termine: sulla opportunità di ammettere nel proc. monitorio la possibilità normale di una opposizione fuori termine dirò tra poco (oltre, n. 11); qui mi occupo soltanto del modo con cui, ammessa una siffatta opposizione, l'articolo si esprime per disciplinarla. Gli articoli 10 e 11 dell'originario disegno MORTARA distinguevano il caso in cui l'opposizione non fosse stata proposta entro il termine stabilito nell'ingiunzione, dal caso in cui, essendo stata proposta l'opposizione entro il termine, il debitore opponente non fosse comparso all'udienza fissata coll'atto di opposizione; nel qual caso si stabiliva che il giudice mediante ordinanza autorizzasse il creditore a procedere all'esecuzione. In entrambe le ipotesi il debitore poteva fare opposizione anche dopo la scadenza del termine: cioè poteva nel primo caso *proporla per la prima volta* « dopo scaduto il termine stabilito nell'ingiunzione », e, nel secondo caso, *riproporla una seconda volta* « dopo l'ordinanza preveduta nell'articolo precedente ». Disposizione criticabile nel contenuto, ma, nella sua formulazione, perfetta. Orbene, durante la discussione parlamentare venne in discussione la eccessiva longanimità di queste norme; e si ritenne giusto escludere la facoltà di fare opposizione fuori termine nei casi in cui vi fosse la sicurezza assoluta che il debitore aveva avuto tempestiva conoscenza della ingiunzione, e in cui quindi la mancanza di opposizione nel termine non potesse essere attribuita che a suo consenso o a sua negligenza. Si ebbe così nella nuova formulazione dell'art. 11 l'aggiunta, restata poi come proposizione iniziale nel testo definitivo, che l'opposizione fuori termine può esser proposta soltanto « *qualora il decreto di ingiunzione non sia stato notificato in persona propria* ». Il criterio che presiede a questa variazione avrebbe dovuto portare, logicamente, a escludere in modo assoluto la riproposizione della opposizione fuori del termine, nel caso in cui il debitore, dopo essersi opposto una prima volta nel termine, non fosse comparso all'udienza fissata nell'atto di opposizione: poiché il fatto che il debitore abbia una prima volta fatto opposizione nel termine, prova in modo irrefutabile che egli è a cognizione dell'ingiunzione emanata contro di lui. Senonché (ed eccoci al punto più sorprendente!) l'art. 11 non ha avuto il coraggio di sopprimere addirittura questa facoltà di riproporre la opposizione fuori del termine, e ha creduto di far cosa razionale ed equa, seguendo anche qui una via di mezzo: stabilendo, cioè, che anche

questa riproposizione dell'opposizione, consecutiva a una prima opposizione già proposta nel termine, possa aver luogo soltanto « qualora il decreto di ingiunzione non sia stato notificato in persona propria ». Sembra con ciò che i redattori di questo articolo non si siano accorti che una siffatta restrizione, razionale per il caso di opposizione proposta per la prima volta fuori del termine, diventa vuota di senso nella ipotesi di opposizione riproposta per la seconda volta, perché in quest'ultimo caso basta il fatto della prima opposizione a dimostrare che il debitore ha avuto conoscenza tempestiva della ingiunzione e non c'è più bisogno, per argomentare se tale conoscenza c'era o non c'era, di risalire alla notificazione della ingiunzione! Che se poi si ritiene, con un eccesso di longanimità, che quando il debitore non è comparso nella udienza fissata con la prima opposizione, questo possa derivare da motivi di forza maggiore per cui è equo concedergli la facoltà di riproporre la opposizione una seconda volta, allora non si capisce perché questi motivi della sua mancata comparizione debbano esser meno rispettabili nei casi in cui l'ingiunzione gli è stata inizialmente notificata in persona propria!

Anche qui, dunque, l'unica spiegazione di una disposizione così sconclusionata e barocca si può trovare nella mancanza di coordinazione del testo legislativo (16): si è introdotta nell'art. 11 la proposizione iniziale che aveva un senso e una funzione di fronte alla proposizione immediatamente seguente, e non si è pensato che essa appariva superflua e, più che superflua, assurda, di fronte alla proposizione successiva!

§ 3. — *b*) Difetto di rapidità e di semplicità.

Sommario: 6. Carattere fondamentale del processo esecutivo nel nostro diritto: l'eccessiva indulgenza per il debitore. — 7. Anche il proc. ingiunzionale ha lo stesso carattere: dimostrazione. — 8. *a*) Il requisito della prova scritta del credito. — 9. *b*) La disciplina della opposizione all'ingiunzione: la corretta concezione di questo istituto. — 10. In che punti il decr. 24 luglio 1922 si allontana da questa concezione: gli effetti della opposizione nel termine. — 11. La opposizione fuori del termine. — 12. *c*) L'azione per risarcimento di danni. — 13. Lo scarso uso pratico del procedimento ingiunzionale derivante dai difetti rilevati.

6. — Ma i difetti fin ora accennati contano poco: possono essere, sì, una dolorosa riprova della scarsa cura che i competenti uffici de-

(16) Conferma di ciò in Mortara, *Appendice*, cit., pag. 104; *Comm.*, 4ª ed., vol. V, n. 564, pag. 780.

dicano alla forma (che vuol dire chiarezza) dei testi legislativi; ma sono, in sostanza, vizî che stanno alla superficie e che potrebbero essere eliminati senza troppa fatica da una commissione di tecnici revisori.

Il difetto più grave di questo procedimento ingiunzionale, è un altro: che esso, più che a fornire un rapido mezzo di tutela al creditore che vuol esser pagato, mira ad assicurare una serie di scappatoie e di nascondigli al debitore che non vuol pagare. Che nel nostro diritto tutti gli ordinamenti processuali e in specie il processo esecutivo siano ispirati a una eccessiva indulgenza verso il debitore, la quale ci autorizza ad affermare, ironicamente parafrasando un celebre passo latino, che nel nostro processo *melior est conditio debitoris*, è verità arcinota e lagno antico. Le belle pagine che uno diecina di anni fa il compianto VITTORIO SACERDOTI scriveva sulla lentezza e quasi diremmo sulla svogliatezza con cui le nostre leggi tutelano il creditore (17), non sono dimenticate, e sono di attualità oggi come allora. Ed è singolare che anche questo procedimento ingiunzionale, il quale dovrebbe per l'appunto tendere con tutte le forze ad assicurare al creditore la celebre conquista del titolo esecutivo, e nel quale anzi la stessa terminologia adoprata dalla legge (che parla di « creditore » e di « debitore » là dove sarebbe processualmente più corretto parlare di « ricorrente » e di « intimato ») sembra voler fare intendere che questo procedimento parte dal considerare *a priori* dimostrate le ragioni di chi si afferma creditore, si riveli in realtà più di ogni altra cosa sollecito di non turbare con misure troppo energiche e frettolose i sonni del debitore e porgere a costui i più svariati e ingegnosi espedienti per tagliar la strada al suo avversario.

In verità anche questo nostro procedimento ingiunzionale, che a parole si proclama fatto per colpire presto e bene il debitore, ma che in sostanza si strugge di pietà per lui e si appassiona per il timore di fargli troppo male, è dominato da quella specie di aberrazione ottica, per cui, in tutte le nostre leggi processuali, il debitore fa la parte del derelitto, colpito dai rovesci della sfortuna e dalle sciagure familiari, e il creditore quella del parassita ingordo, disposto, come il vecchio SHYLOCK, a saziarsi colla carne della sua innocente vittima. Si direbbe quasi che le nostre leggi, tutte le volte che debbono apprestare per il creditore un'arma che serva al ricupero dei suoi crediti, lo facciano a malincuore, senza poter dissimulare una profonda simpatia per colui contro il quale quest'arma dovrebbe esser rivolta: e ogni volta che nel Parlamento si discute di questi argomenti, non manca mai qualche

---

(17) *La tutela del creditore*, prolusione letta il 1° marzo 1915 e pubblicata nella *Riv. dir. comm.*, 1921, I, pag. 19 e segg.

rappresentante dei partiti di sinistra che sente il dovere di difender la sorte dei debitori, perché a suo credere creditore equivale a capitalista e la causa dei debitori si identifica colla causa delle classi meno abbienti. Ma è poi giusta questa identificazione? Io credo di no. In realtà basta avere un po' di pratica degli affari per sapere che nella massima parte dei casi il debitore non è una vittima ma è un disonesto, non è un dissanguato dell'avidità del creditore, ma è lui il vampiro e lo sfruttatore del lavoro e della fiducia di questo. E assai volte quella che è nella tradizione letteraria la rappresentazione tipica del creditore prepotente ed implacabile di fronte al debitore debole ed umiliato, meriterebbe di essere invertita: poiché creditore è il piccolo commerciante che ha dato le sue merci sulla parola, o l'artiere che ha anticipato il suo lavoro, o il professionista che quando è richiesto dell'opera sua la presta di buon grado senza che il suo pudore gli consenta di pattuire il compenso, o il piccolo borghese che della puntualità si è fatto un culto e che dal ritardo di un pagamento promessogli vede scosso tutto il suo modesto bilancio; mentre debitore è spesso colui che tra i mestieri onesti, tutti faticosi e duri, ha preferito scegliere quello, assai più comodo e rimunerativo, di vivere alle spalle di chi lavora, o colui che per il patrimonio avito stima indecoroso qualunque impiego che non sia la bisca elegante, o che per antico sangue si sente così superiore alle turbe destinate a servire, da considerare come reo di ribellione il fornitore che sollecita il pagamento del conto...

Ritengo che non sarebbe difficile dimostrare storicamente che i periodi in cui la tutela dei creditori appare più fiacca e rilassata corrispondono a periodi di disordine economico e di decadenza civile; ed oggi in cui è di moda aver la disciplina « in sommo della bocca », io penso che nulla contribuirebbe da noi alla ripresa dei traffici ed al rinvigorimento del pubblico costume quanto una serie di leggi procedurali che colpissero inesorabilmente i debitori inadempienti e che riportassero in onore il principio elementare, e per questo troppe volte dimenticato, che i debiti devono essere puntualmente pagati.

7. — A questo giusto rigore non si ispira purtroppo il procedimento ingiunzionale del decr. 24 luglio 1922: il quale, quantunque abbia avuto il suo primo ideatore in Ludovico Mortara, che contro la morbosa indulgenza della nostra procedura a favore dei debitori ha sempre autorevolmente protestato (18), ha dovuto adattarsi a temperare e ma-

---

(18) Cfr. per ultimo le proposte di riforma della esecuzione forzata contenute nel citato volume *Per il nuovo Codice della procedura civile*, pag. 123 e segg.

gari a celare del tutto le sue più preziose virtù pur di superare le diffidenze parlamentari (19) e la « resistenza misoneistica dei nostri ceti giudiziari e forensi all'idea di un procedimento esecutivo senza contradditorio » (20). Così nel decr. 24 luglio 1922 del vero procedimento monitorio non è restata che un'ombra; e il debitore cavilloso e tergiversatore niente ha da temere da questo decreto, il quale consacra un procedimento fiero nel nome, ma addomesticato nella sostanza: un procedimento che non solo è contro il debitore un'arma scarica, ma che può perfino diventare in certi casi un'arma per ferire lo stesso incauto creditore che se ne voglia servire.

La miglior giustificazione di questo giudizio scaturisce da un quadro, eloquente nella sua laconica schematicità, che pubblico in appendice a questo scritto: quadro che, nella rappresentazione sinottica delle complicazioni di questo procedimento, offre perfino nella disposizione tipografica l'immagine di un vero sistema tattico di trincee e di reticolati scaglionati in serie.

Ma in mezzo a questa complicazione che riesce a tutto vantaggio di chi non ha interesse a far presto, cioè del debitore, tre punti mi sembra che meritino di esser messi specialmente in luce, perché in essi specialmente si rileva la debolezza congenita di questo procedimento:

α) la disposizione che richiede come condizione di ammissibilità del procedimento per ingiunzione la prova scritta del credito;

β) le disposizioni che regolano i modi e i termini della opposizione del debitore all'ingiunzione;

γ) la disposizione che in certi casi consente al debitore di proporre azione per danni contro il creditore che si sia valso di questo procedimento.

In relazione a ciascuno di questi tre punti potremo con profitto proporci il quesito se per il creditore riesca più vantaggioso l'ordinario processo contumaciale o il procedimento per ingiunzione: e vedremo che la risposta non sarà a favore di quest'ultimo.

8. — α) Per l'art. 1 del decr. 24 luglio 1922, fra le condizioni di ammissibilità del procedimento ingiunzionale c'è quella che il credito vantato dal ricorrente appaia « fondato su prova scritta » (cfr. *retro*, II, § 6).

---

(19) Cfr. ad esempio, il discorso del senatore Gallini nella seduta del 3 luglio 1922 (Discussioni citate, pag. 3361), e quello dell'on. Musatti alla Camera nella seduta del 12 maggio 1922 (Atti della Camera, Legislatura XXVI, 1ª Sessione, Discussioni, pag. 4475).

(20) MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 117.

Il nostro legislatore, sul punto di introdurre anche da noi il procedimento monitorio come istituto *generale*, avrebbe potuto scegliere tra due modelli già in vigore in altre legislazioni processuali: il procedimento *monitorio puro* (*Mahnverfahren*) che trova la sua espressione più perfetta nella legge austriaca 27 aprile 1873 n. 67 e che è stato adottato con lievi modificazioni dall'Ungheria, nei §§ 588 e seguenti della legge processuale, ed ora della Repubblica czeco-slovacca, per la legge 1° aprile 1921, n. 161, e adottato anche, sia pure con forme più complicate, dall'ordinamento processuale germanico (§§ 688-702 copiati poi dai §§ 382-395 dell'ordinamento processuale civile giapponese); e il procedimento *monitorio-documentale* (*Mandatsverfahren*) dell'ordinamento processuale austriaco (§§ 548-554, adottato anche dalla legge bulgara del 30 novembre 1897 n. 206) (cfr. *retro*, I, § 2). La struttura di questi due procedimenti non è fondamentalmente diversa: ambedue infatti sono destinati a creare rapidamente il titolo esecutivo, invertendo la iniziativa del contraddittorio sul debitore e utilizzando come motivo di accertamento del credito la mancanza di reazione da parte del debitore entro un termine prestabilito; ma, mentre nel procedimento monitorio puro l'accertamento si basa unicamente sull'affermazione non provata del credito fatta dal ricorrente e sulla preclusione del diritto spettante al debitore di contraddire ad essa, nel procedimento monitorio documentale l'affermazione non dà diritto al rilascio della ingiunzione se non quando sia rafforzata dalla prova scritta dei fatti costitutivi del credito affermato.

Di questi due modelli il nostro legislatore (che pure nel 1913 aveva accolto nell'ordinamento giudiziario libico il procedimento monitorio puro della legge austriaca 27 aprile 1873) ha ritenuto preferibile adottare come istituto generale nel Regno il secondo: e come ragione di questa preferenza si è addotta in prima linea la opportunità di « evitare il pericolo di sopraffazioni che avrebbe potuto verificarsi specialmente in alcuni punti dello Stato più proclivi alla litigiosità » (21), ossia, in parole povere, il solito timore che il procedimento monitorio puro, basato sulla semplice affermazione del creditore, potesse riuscire troppo gravoso e troppo vessatorio per i debitori. Ora quantunque, all'infuori delle sensate critiche del SEGNI (22), questo punto del decr. 24 luglio 1922 non abbia suscitato obiezioni (ché anzi tanto il CHIOVENDA nell'art. 197 della sua proposta, quanto il MORTARA nell'art. 247 del suo schema di riforma recentemente pubblicato, tengono fermo come presupposto del procedimento ingiunzionale il requisito della

---

(21) MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 76.

(22) In *Studi Sassaresi*, 1922, pag. 201 e segg.

prova scritta del credito), io son fermamente convinto che il nostro legislatore avrebbe assai meglio provveduto alla rapida tutela dei crediti, se avesse adottato come istituto generale il procedimento monitorio puro della legge austriaca 27 aprile 1873, estendendolo però, come ha fatto l'ordinamento processuale germanico, ai crediti di qualunque valore.

I motivi di questa mia preferenza derivano non soltanto dal considerare che il *Mandatsverfahren* austriaco (che pur trova una sua ragione speciale d'essere nella maggior cautela con cui quello ordinamento processuale, a differenza del nostro, ammette la immediata esecutorietà degli atti contrattuali) non ha una importanza pratica neppure paragonabile con quella del *Mahnverfahren* germanico (23); ma sopra tutto si basano sull'osservare che limitando il procedimento monitorio ai soli crediti provati per iscritto si viene non solo a restringere in misura quasi irrisoria l'applicabilità di esso, ma si viene a porre il creditore che voglia agire per il sodisfacimento del suo credito in condizione di poter raggiungere l'intento più facilmente col procedimento ordinario che con questo processo ingiunzionale, il quale dovrebbe essere invece destinato, come si è detto, a far la concorrenza proprio al processo ordinario.

È noto infatti, che, quantunque non viga finora nel nostro processo contumaciale il principio, accolto da altre legislazioni, che in contumacia del convenuto i fatti affermati dall'attore si abbiano per ammessi, ma occorra invece che l'attore dia in ogni caso la prova dei fatti da lui affermati, tuttavia non è prescritto che in contumacia del convenuto questa prova sia data mediante scritture: anzi buona parte delle sentenze contumaciali che condannano il convenuto sono basate sulla semplice affermazione dell'attore, il quale, avendo deferito al convenuto contumace l'interrogatorio sui fatti costitutivi del credito, non ha bisogno di dare altra prova di questi quando si verifichi la cosiddetta *ficta confessio*, ossia la preclusione dell'art. 218 Cod. proc.

---

(23) Dalla *Osterr. Statistik*, 13 Bd. Neue Folge, I Heft (Wien, 1915) risulta che negli anni 1911 e 1912 il numero dei mandati di pagamento rilasciati in tutta l'Austria mediante il *Mandatsverfahren* e non seguiti da opposizione fu rispettivamente di 2778 e di 3340; la esiguità di questo numero, di fronte alla larga applicazione che del *Mahnverfahren* si fa in Germania, resulta, senza bisogno di più precisi raffronti, dalle cifre riferite dallo STEIN (*Iustizreform*, pag. 94), il quale si lamenta che dal 1880 al 1903 gli affari esauriti in Germania mediante il *Mahnverfahren* siano restati stazionari tra i 2.050.000 e i 2.024.000 all'anno! Si noti poi che SKEDL nel suo scritto *Zur Zivilprozessreform* (Wien, 1912) si augura (pag. 25) anche nel dir. austriaco una più ampia estensione del processo monitorio puro.

civ. (24). Avviene così che lo sbrigativo accertamento mediante preclusione, basato sull'affermazione dell'attore e sulla mancata contraddizione da parte del convenuto, può essere fondamento di una ordinaria sentenza contumaciale, ma non dell'ingiunzione di quel procedimento monitorio, la cui tipica destinazione dovrebb'essere proprio, in armonia colla sua speciale struttura, quella di utilizzare al massimo grado l'accertamento mediante preclusione!

Tutto ciò, se è abbastanza strano in linea teorica, è in pratica disastroso per la buona riuscita del processo ingiunzionale. Si pensi infatti che il creditore, ove il suo credito risulti da accertamento contrattuale fornito di per sé stesso di forza esecutiva, non avrà interesse (salvo il caso in cui voglia iscrivere ipoteca giudiziale) a munirsi dell'ingiunzione, perché il titolo esecutivo ce l'ha già e perché la ingiunzione del decreto 24 luglio 1922 nulla aggiunge, secondo autorevoli interpreti, alla certezza del credito (cfr. oltre, n. 11). D'altra parte il creditore che non abbia una prova scritta del credito non potrà, come si è detto, servirsi di questo procedimento: il quale resterà perciò riservato a quei pochi casi in cui il creditore, pur non avendo un documento di per sé esecutivo, sia però in grado di fornire del suo credito una prova scritta completa e rigorosa, che i giudici, come si è visto in questo primo anno di esperimento, tendono a valutare con spirito restrittivo e con eccesso di cautele (cfr. *retro*, II, n. 24).

Questo procedimento ingiunzionale, che si poteva in teoria considerare come un rimedio non trascurabile contro l'affollamento dei tribunali, ci appare così in pratica come un istituto limitato a un numero di casi relativamente esiguo, e destinato ad arricchire, per la consolazione degli studiosi, il numero dei polverosi esemplari del nostro museo processuale, ma non certo a far sentire un influsso benefico sul problema incalzante che affatica la nostra vita giudiziaria.

Né si dica in contrario che il procedimento monitorio puro, basato sulla semplice affermazione del creditore, minaccia di riuscire (specialmente se non si stabilisce per esso alcun limite di valore) pericoloso per il preteso debitore, il quale, solo perché piaccia al primo avventuriero vantar contro di lui un credito inesistente, può all'improvviso trovarsi esposto a una esecuzione forzata per somme ingenti, ignorando perfino, in mancanza di notificazione in persona propria, la pronuncia dell'ingiunzione. A queste obiezioni si risponde innanzi tutto che lo stesso pericolo esiste oggi nel processo ordinario, quando alla citazione non notificata in persona propria segua in contumacia del convenuto una condanna basata sulla *ficta confessio* dell'art. 218 Cod. proc. civ.;

---

(24) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 743 e 758.

che lo stesso pericolo esisterebbe in misura assai più grave nel processo ordinario domani, se, come si propone, si accogliesse nel nuovo codice processuale il principio che in contumacia del convenuto « i fatti affermati dall'attore saranno considerati come ammessi » (25) o che « la domanda dell'attore può essere accolta senza bisogno di istruzione » (26); e che d'altra parte sarebbe facile ovviare ai temuti pericoli con una disposizione precauzionale la quale, nei casi in cui la ingiunzione non si basasse su prova scritta ma sulla semplice affermazione del creditore, ne condizionasse l'efficacia esecutiva alla prova, che il creditore dovrebbe dare, di averla fatta notificare al debitore in persona propria.

9. — β) A gravi critiche si presta, a mio credere, la disciplina che il decr. 24 luglio 1922 dà ai varî casi di opposizione alla ingiunzione (artt. 6, 11-13).

Su questo punto io sono d'avviso che a un ordinamento sodisfacente ed agevole del procedimento ingiunzionale non si possa giungere, se non quando il legislatore parta da una concezione teoricamente esatta di questo istituto. Se si concepisce il procedimento monitorio, per le ragioni che ho precedentemente esposte (cfr. *retro*, I, nn. 17-21), non come un modo di iniziare la esecuzione, ma come una forma abbreviata di processo di cognizione, destinato ad ottenere la cosa giudicata attraverso un accertamento basato sulla preclusione, è necessario porre a base del suo ordinamento positivo i seguenti capisaldi che di questa concezione sono diretta conseguenza:

1°) Che quando contro l'ingiunzione non è proposta opposizione nel termine fissato, quella acquista l'efficacia di un accertamento giurisdizionale, *transit in rem judicatam* (27), come una vera e propria sentenza, sia pure contumaciale.

2°) Che la opposizione proposta nel termine dal debitore significa non già impugnativa della ingiunzione, la quale prima dello scadere del termine non ha alcuna efficacia, ma semplice dichiarazione di voler dal processo monitorio passare al processo ordinario in contraddittorio (28).

---

(25) Proposta Chiovenda, art. 80.

(26) Proposta Mortara, art. 213.

(27) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 212 e pag. 1195; nonché gli autori citati da Skedl, *Das Mahnverfahren*, cit., pag. 28, e da Chiovenda, *Principii*, pag. 216 nota 2.

(28) Correttamente, su questo punto, insegna Skedl, op. cit., pag. 129, che la opposizione « non è negazione del credito, ma è ricusazione della forma di procedimento che abbrevia i diritti del debitore »; cfr. Goldenring, scritto cit., pag. 481, secondo il quale la opposizione è « una dichiarazione del convenuto, la quale rende noto che egli non intende di farsi giudicare in contumacia ». [Cfr. ora, sulla natura dell'opposizione, Segni, *L'opposizione*, cit., n. 16].

3°) Che in conseguenza il significato e l'effetto della opposizione all'ingiunzione sono profondamente diversi secondoché questa sia proposta entro il termine o dopo la scadenza del medesimo. Nel primo caso la opposizione fa andare a vuoto il tentativo del creditore di giungere alla cosa giudicata mediante la preclusione, e quindi l'ingiunzione perde ogni vigore, non già perché siano fondati in merito i motivi su cui si basa l'opposizione (29), ma perché è mancata la condizione sotto la quale la ingiunzione era stata emanata, solo restando nel ricorso del creditore una domanda giudiziale che dà inizio a un procedimento ordinario (*resolvitur in vim simplicis citationis*) (30); mentre nel secondo caso l'opponente trova nella ingiunzione una pronuncia che ha la stessa forza di una sentenza contumaciale, e quindi la opposizione, in quanto sia ammessa, ha la natura di un mezzo di impugnativa, volto a toglier di mezzo un accertamento giurisdizionale già esistente per quei motivi ed in quei limiti in cui si può impugnare una sentenza contumaciale ordinaria.

10. — Da questa che è, a mio credere, la concezione storicamente fedele e dogmaticamente razionale del procedimento monitorio si allontana in più punti il decr. 24 luglio 1922.

Il decreto costruisce la opposizione come mezzo di impugnativa dell'ingiunzione non solo nel caso di opposizione fuori termine, ma anche nel caso in cui la opposizione sia proposta entro il termine, cioè prima che la ingiunzione abbia acquistato efficacia di accertamento esecutivo. L'effetto della opposizione proposta nel termine non è già quello, comunemente stabilito dalle leggi che accolgono il procedimento monitorio puro (legge austr. 27 aprile 1873 §9; *CPO* germ. § 695; ord. libico, art. 54; Cod. proc. pen. art. 301), di far cadere nel nulla la ingiunzione per mancanza della condizione sospensiva negativa a cui il suo passaggio in giudicato è sottoposto, ma è quello di « sospendere l'efficacia esecutiva della ingiunzione, restando fermo l'effetto della pendenza della lite » (art. 12): cosicché nel giudizio in contraddittorio che segue alla opposizione, non si decide direttamente sopra il diritto del creditore (31), ma si decide se l'ingiunzione debba o no esser tenuta ferma. Questa fusione delle due opposizioni in una sola

---

(29) Per il § 8 della legge austr. 27 aprile 1873 e per l'art. 54 dell'ordin. giudiziario libico l'opposizione tempestiva del debitore fa cadere l'ordine di pagamento di per sé stessa, senza bisogno di enunciare i motivi su cui si basa.

(30) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 216 nota 1. [Ed ora, ampiamente, con larghi richiami storici, SEGNI, *L'opposizione*, cit.].

(31) Cfr. per il proc. mon. germanico, GOLDENRING, scritto cit., pag. 485: « La sentenza decide direttamente sul credito fatto valere, non già sul punto se l'ordine di pagamento debba essere tenuto fermo ».

figura sarebbe giustificata, secondo il MORTARA (32), dal vantaggio ottenuto col « ricondurre a unica fisonomia e disciplina i giudizî di opposizione proposti in termine e quelli proposti oltre il termine »; ma, in verità, io non riesco a vedere quali siano i vantaggi pratici di questa apparente semplificazione, ottenuta, come ho cercato di dimostrare, a scapito dei principî. Mi sembra infatti che la conseguenza pratica più evidente, e non certo proficua, di questa unificazione sia una maggior complicazione del giudizio in contraddittorio che segue all'opposizione, e dell'eventuale successiva esecuzione forzata: mentre infatti nelle legislazioni che danno alla opposizione proposta entro il termine l'effetto di far cadere nel nulla la ingiunzione, oggetto del giudizio in contraddittorio è semplicemente l'esistenza del credito, sicché, se l'esistenza di questo viene riconosciuta, titolo esecutivo è la sola sentenza di condanna, secondo il decr. 24 luglio 1922, nel quale il giudizio provocato dall'opposizione è configurato come un *judicium rescindens*, « il passaggio in giudicato della sentenza che rigetta l'opposizione dà forza esecutiva irrevocabile alla ingiunzione » (art. 12 cpv.), il che significa che titolo esecutivo non è direttamente la sentenza di condanna, ma che la sentenza ha soltanto la funzione mediata di attribuire forza di titolo esecutivo alla ingiunzione (33). Da tutto questo mi pare che il creditore venga ad essere, anziché avvantaggiato, fortemente impacciato; poiché, a parte il bizantinismo di questa specie di « tiro indiretto » per cui nel giudizio in contraddittorio si può discuter il credito solo mediatamente attraverso la impugnativa della ingiunzione, è prevedibile che ove la sentenza rigetti l'opposizione e dia con ciò forza esecutiva alla ingiunzione, il creditore troverà nello stadio di esecuzione un aggravio di formalità e di spese, derivante dal dover procedere in base a un titolo esecutivo diluito in due diversi documenti (34).

---

(32) Relazione al disegno di legge 16 luglio 1919 (Legisl. XXIV, doc. n. 1177, pag. 3).

(33) Cfr. MORTARA, *Appendice*, cit., pagg. 108-109.

(34) Affinché la ingiunzione acquisti forza di titolo esecutivo, occorre che il cancelliere attesti con annotazione posta nell'esemplare del decreto restato in mano al creditore la mancanza di opposizione (art. 6); se il debitore farà opposizione nel termine, il cancelliere non rilascerà tale attestazione, perché sarà stato informato dall'ufficiale giudiziario della presentazione dell'opposizione (art. 8). Ciò premesso, se l'opposizione sarà respinta, in qual modo potrà il creditore far risultare nella fase esecutiva tale rigetto e quindi la conseguente esecutività dell'ingiunzione? Se, come insegna il MORTARA (*Appendice*, cit., pag. 108), « di questa convalidazione del decreto non è richiesta attestazione ufficiale nell'originale detenuto dal creditore », è evidente che per iniziar l'esecuzione il creditore dovrà notificare al debitore la sentenza di rigetto, unica prova dell'esecutività della ingiunzione.

Vero è che la disposizione, secondo la quale la opposizione, anche se proposta nel termine, non basta a far cadere nel nulla la ingiunzione, trova una giustificazione, secondo l'esempio del *Mandatsverfahren* austriaco, nella stessa natura del processo monitorio documentale; nel quale, fondandosi la ingiunzione su prove scritte che non perdono ogni valore per il solo fatto della opposizione del debitore, può sembrar logico che la efficacia della ingiunzione, basata fin dall'inizio sulla prova data dall'attore, non possa venir meno fino a quando nel giudizio di opposizione il convenuto non abbia a sua volta dato la prova delle sue eccezioni (cfr. *retro*, I, n. 9). Tuttavia a questa osservazione è facile rispondere anzitutto che, se si abolisse, com'io proporrei, la limitazione del procedimento ingiunzionale ai soli crediti fondati su prova scritta, cadrebbe anche questo unico argomento, più teorico che pratico, a favore della disposizione finora criticata; e che ad ogni modo, anche se si conservasse la limitazione ai crediti resultanti da prova scritta, nessun motivo di incompatibilità razionale vieterebbe di ammettere un procedimento monitorio documentale in cui alla semplice opposizione proposta nel termine si attribuisse l'effetto di porre nel nulla anche la ingiunzione fondata su prove scritte (35). Anche nel processo monitorio documentale, infatti, la prova scritta fornita dal creditore non serve essa sola a dar vita all'accertamento: anche qui la efficacia della ingiunzione dipende da una circostanza di natura formale, cioè dal verificarsi della preclusione; e se questa preclusione manca, perché entro il termine fissato il debitore manifesta la sua volontà di contraddire, la prova fornita dall'attore resta una produzione unilaterale soggetta alla prova contraria, né vi è più ragione, ora che la valutazione delle prove deve svolgersi in contraddittorio, di tenere in vita una pronuncia che presupponeva la mancanza del contraddittorio.

11. — Ma il difetto più grave che mi par di ravvisare nella disciplina della opposizione è la larghezza con cui questa è ammessa anche dopo decorso il termine stabilito nella ingiunzione, senza alcuna limitazione di motivi e colla sola differenza che, mentre la opposizione presentata entro il termine sospende *ipso iure* la ingiunzione, quella proposta dopo non ha effetto sospensivo se non per espressa pronuncia del giudice (artt. 11 e 12).

---

(35) Così è appunto nella proposta CHIOVENDA, in cui, pur stabilendosi che il processo monitorio è ammissibile solo per i crediti « resultanti da prova scritta » art. 197, è altresì stabilito, art. 202, che « colla presentazione della opposizione, l'ingiunzione perde ogni efficacia ».

La eccessiva larghezza di questa disposizione, della quale già si disse qualcosa (*retro*, n. 5) quando si accennò alla difettosa formulazione dell'art. 11, appare in tutta la sua evidenza quando si faccia un paragone tra questa opposizione fuori termine e la opposizione contumaciale degli artt. 474 e segg. Cod. proc. civ., che con quella ha tanti punti di affinità: a chi si prenda la pena di far questo raffronto, la tanto vituperata opposizione contumaciale, già condannata a morte fin dal disegno ORLANDO, apparirà — sembra impossibile! — come un modello di semplicità e di speditezza. Invero, se anche la opposizione tardiva alla ingiunzione è esclusa, come la opposizione contumaciale, dalla notificazione in persona propria (art. 11 decreto 24 luglio 1922; artt. 474 e 477 Cod. proc. civ.), il processo contumaciale offre però al creditore nella rinnovazione della citazione (art. 382) un mezzo per mettersi al sicuro dalla opposizione, che il processo ingiunzionale non dà. E se è vero che la sentenza contumaciale è soggetta, oltreché all'opposizione, anche all'appello, il che aumenta in mano del debitore i mezzi per ritardarne l'esecuzione, è vero del pari che l'appello è proponibile soltanto entro un termine certo, decorso il quale il creditore ha la sicurezza che quel mezzo di impugnativa è ormai precluso, ed è vero altresì che la opposizione contumaciale, anche se può proporsi fuori del termine stabilito nell'art. 475, trova però una assoluta preclusione « nel primo atto di esecuzione della sentenza contumaciale » (art. 477 Cod. proc. civ.): mentre la opposizione tardiva alla ingiunzione non è limitata entro alcun termine, e può proporsi finché non sia interamente « compiuto il procedimento esecutivo » (art. 15)!

Indulgenza veramente inesplicabile in un procedimento che si presenta come specificamente destinato a tutelare con sollecitudine gli interessi del creditore: a giustificazione della quale non vale per certo obiettare che, quando la ingiunzione non è stata notificata in persona propria, si deve sempre prevedere la possibilità che il debitore la ignori e si deve perciò lasciargli il diritto di difendersi in qualunque tempo ne venga a conoscenza, anche se ciò accade a esecuzione inoltrata. Lo stesso ragionamento dovrebbe valere allora anche per la sentenza contumaciale non notificata in persona propria; ma siccome per questa il legislatore ha ritenuto che il primo atto di esecuzione elimini definitivamente ogni possibilità di dubbio sulla conoscenza effettiva da parte del debitore del procedimento contro di lui iniziato, non si riesce a intendere perché mai lo stesso effetto non si debba produrre quando il titolo esecutivo è un'ingiunzione invece di una sentenza contumaciale!

La prima origine di questo assurdo trattamento di favore che il decr. 24 luglio 1922 fa alla opposizione tardiva del debitore deve

essere ricercata, a mio credere, nella inesatta concezione teorica del procedimento ingiunzionale, che ha presieduto alla formazione di quel decreto: il quale par che in certe sue disposizioni voglia costruire il procedimento ingiunzionale come un mezzo per iniziare direttamente la esecuzione senza previo accertamento, in coincidenza, non so se fortuita o consapevole, colle idee sostenute in Germania dallo SKEDL (36). È certo che se si accoglie questa concezione del procedimento monitorio, secondo la quale il decreto d'ingiunzione apre l'adito alla esecuzione ma non acquista mai la forza di un accertamento giurisdizionale (37), si deve logicamente lasciare al debitore la possibilità di fare opposizione alla ingiunzione anche in sede esecutiva, come potrebbe farla contro un titolo esecutivo contrattuale: al debitore infatti, insegna il MORTARA accedendo a tale concezione, « rimane ancora possibile l'opposizione nello stadio della esecuzione forzata a norma del diritto comune, *vale a dire anche per il merito, giacché non esiste ancora la regiudicata che ne precluda l'esame* » (38). Ma se, al contrario, si segue la concezione, per me preferibile, che vede nel procedimento monitorio una forma abbreviata del processo di cognizione e nella ingiunzione un accertamento capace di passare in giudicato come una vera sentenza, bisogna ritenere che in sede di esecuzione la esistenza del credito accertato nella ingiunzione non possa più essere rimessa in discussione (39), come non possono più essere riproposte nel processo esecutivo le questioni già definite mediante sentenza in sede di cognizione (40); e che di conseguenza la ingiunzione, divenuta esecutiva per mancanza di opposizione nel termine, non possa più essere impugnata se non nei modi e nei termini in cui la legge ammette la impugnazione di una sentenza contumaciale (cfr. *CPO* germ. § 700). Il che significa *in iure condendo* che, abolita l'opposizione contumaciale secondo l'unanime voto dei competenti (41), dovrebbe ammettersi contro l'ingiunzione, dopo decorso il termine per l'opposizione, soltanto il rimedio della restituzine in intero per i casi in cui il debitore senza sua colpa non abbia avuto notizia della in-

---

(36) Cfr. *retro*, I, n. 17.

(37) Cfr. MORTARA, *Appendice*, cit., pagg. 97-98.

(38) *Ibidem*, pag. 105.

(39) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1195: « In mancanza di opposizione nel termine il provvedimento diventa esecutivo. Potranno farsi opposizioni all'esecuzione, ma solo nei limiti in cui è ammessa l'opposizione contro la esecuzione della sentenza ».

(40) MORTARA, *Comm.*, V, n. 92.

(41) Cfr. Relazione al disegno ORLANDO, 24 maggio 1909 (Atti della Camera, Legisl. XXIII, Sess. 1909, Doc. 147), pag. 10; Proposta CHIOVENDA, artt. 86-88 e §§ 106-107 della Relazione; Proposta MORTARA, artt. 212-219.

giunzione o sia stato impedito di fare opposizione nel termine da un caso di forza maggiore (42).

12. — γ) E tuttavia, dopo le disposizioni che abbiamo finora esaminate, il decr. 24 luglio 1922 ha avuto paura di essere stato troppo severo per il debitore vietandogli di fare opposizione dopo il compimento dell'esecuzione; e per compensarlo del sacrificio impostogli con questo divieto, lo ha autorizzato ad intentare, entro sei mesi dalla vendita delle cose espropriate, « azione per risarcimento di danni fondata sulla insussistenza della pretesa del creditore » (art. 15 cpv.). Unica limitazione contenuta in questo articolo è, anche qui, che « il debitore non abbia ricevuto in persona propria la notificazione » dell'ingiunzione « e non abbia fatta opposizione alla ingiunzione », perché in questi casi cessa ogni possibilità di dubbio sulla conoscenza del procedimento da parte del debitore; ma in tutti gli altri casi, anche se gli atti del procedimento esecutivo sono stati notificati al debitore in persona propria, anche se egli ha fatto gli onori di casa all'ufficiale giudiziario procedente al pignoramento dei mobili ed ha consegnato colle sue mani al sequestratario le chiavi del fondo subastato (43), egli può, se così gli piace, tenere in serbo le sue ragioni e dopo sei mesi dalla vendita levarsi il gusto di venir fuori con un'azione per danni contro il creditore, reo di averlo colto alla sprovvista e di aver proceduto a sua insaputa! Dal che si comprende che l'unico sgarbo che il debitore in mala fede ha da temere da questo procedimento ingiunzionale, pieno del resto di cortesie e di delicate attenzioni a suo riguardo, è la notificazione in persona propria della ingiunzione: se il debitore riesce a evitare quell'unico pericolo — e certo saprà evitarlo, lasciando alla moglie o al domestico (non è detto che i debitori morosi non siano in condizione di tenere il domestico!) opportune istruzioni per fermare alla porta l'ufficiale giudiziario — egli può poi dormire tranquillo: può ometter di fare opposizione nel termine, può senza tema lasciare che l'ingiunzione diventi esecutiva, può andarsene, se gli aggrada, a fare un viaggio all'estero mentre si svolge contro di lui l'espropriazione, e poi, dopo sei mesi che questa è compiuta, aprire le ostilità contro quel dabbenuomo del creditore, la cui pace familiare

---

(42) CHIOVENDA, *Proposta*, artt. 204 e 88.

(43) Il MORTARA, *Appendice*, cit., pag. 116, insegna che l'azione per danni dovrebbe essere dichiarata inammissibile dai giudici, « *oltre la lettera* » dell'art. 15, in tutti i casi in cui il creditore possa provare che il debitore ha avuto notizia del procedimento esecutivo. Ma quello non è scritto nella legge, e lo stesso MORTARA riconosce che « sarà meglio, quando se ne presenti l'opportunità, cancellare il capoverso dell'art. 15 ». Così in *Comm.*, 4ª ed., V, n. 564.

si troverà improvvisamente turbata dalla minaccia di una lite lunga e dispendiosa, di una di quelle liti in grande stile, con avvocati in contraddittorio, che egli, ricorrendo al procedimento ingiunzionale, si era illuso di poter evitare.

Se ci limitiamo ad esaminare da un punto di vista strettamente giuridico quest'azione per danni dell'art. 15, la quale costituisce per la teoria un di quei mostri, nel senso latino della parola, che son la delizia degli studiosi, possiamo facilmente convincerci che essa non è per il creditore un'arma eccessivamente temibile. Contro una siffatta azione il creditore potrebbe invero contrapporre formidabili argomenti desunti da principî comunemente ammessi nel nostro sistema giuridico: non solo riparandosi dietro la massima « *qui iure suo utitur neminem laedit* » (al che potrebbe il debitore replicargli che l'azione di danno dell'art. 15 non si basa sulla colpa, ma sulla responsabilità oggettiva incombente su chi si è valso del procedimento ingiunzionale a suo rischio e pericolo) (44), ma principalmente negando al debitore la possibilità giuridica di rimettere in discussione la eventuale « insussistenza della pretesa del creditore » su cui l'azione per danni dovrebbe secondo l'art. 15 basarsi, quando ormai è divenuta inattaccabile, per il compimento del procedimento esecutivo, la ingiunzione che di tale pretesa consacra ed accerta la sussistenza legale (45). Ci troviamo, infatti, di fronte a questa azione per danni, in una situazione del tutto simile a quella che si verifica di fronte all'azione civile contro i giudici, quando la sentenza imputabile di dolo sia già passata in giudicato; per questo caso osserva giustamente il Chiovenda (46), d'accordo con Arturo Rocco (47), che « l'azione civile suppone non solo il dolo del giudice, ma un fatto *dannoso* ingiusto. Ora la sentenza è dichiarazione di diritto, quindi la cosa giudicata in sé non può considerarsi come un fatto dannoso ingiusto ». Per poter superare l'ostacolo nascente da queste considerazioni e costruire quest'azione per danno dell'art. 15 in modo da non farla apparire un vero controsenso giuridico, bisognerebbe che essa avesse il carattere di una opposizione alla ingiunzione, di un vero mezzo di impugnativa destinato a far revocare la cosa giudicata. Questo infatti afferma il Mortara (48). Ma la legge non lo dice e non lo lascia supporre nonostante che durante le discus-

---

(44) Cfr. per altri casi di responsabilità senza colpa nel processo, Chiovenda, *Principii*, pag. 201 nota 1 e pag. 226 nota 2.

(45) Cfr. Segni, scritto cit., pag. 204.

(46) *Principii*, pag. 482.

(47) *La riparazione alle vittime degli errori giudiziarii* (Napoli, 1906), pagg. 231-234.

(48) *Appendice*, cit., pag. 114.

sioni parlamentari il deputato Lucci abbia chiesto opportunamente chiarimenti in questo senso (49), e anzi sembra volerlo escludere nella prima parte dello stesso art. 15, il quale dice che « compiuto il procedimento esecutivo... nessuna opposizione è più ammessa contro l'opposizione ». E dunque? Si vuole, in aperta contraddizione con questo divieto, far rivivere l'opposizione, anche dopo compiuto il procedimento esecutivo, sotto questa larvata forma di azione per danni? E se questa azione per danni non è una forma larvata di opposizione con carattere di vero mezzo di impugnativa, come si supera l'ostacolo nascente dalla cosa giudicata, la quale accerta irrevocabilmente che la pretesa del creditore è sussistente?

Si potrebbe continuare per un pezzo a divertirsi coll'escogitare teorie più o meno ingegnose, destinate a far rientrare nel casellario dei principî questa specie di rompicapo cinese che è l'art. 15. Ma ho già avvertito che dal punto di vista giuridico quest'azione per danni rappresenta in mano del debitore un'arma assai poco temibile per la sua stessa mostruosità: temibilissima è invece dal punto di vista psicologico, poiché, se contro un creditore onesto e alieno dalle liti si troverà a combattere uno scaltro mestierante del litigio, questi potrà in grazia dell'art. 15 speculare brillantemente sulla dabbenaggine del suo avversario, lasciandosi pignorare e vendere all'asta quattro seggiole tarlate, per poi venir fuori pieno di sdegno a gridare che il creditore lo ha rovinato e ad avanzare fiere proteste di danni « materiali e morali », alle quali il creditore si rassegnerà non di rado a consentire pur di liberarsi dalle minaccie di quel galantuomo...

E anche qui c'è da domandare se è presumibile che un creditore accorto possa preferire al processo ordinario, il quale, in caso di contumacia del convenuto, gli dà modo di eseguire, al riparo da ogni timore, perfino una sentenza fondata unicamente (per l'art. 218) sulla sua affermazione non provata, il procedimento ingiunzionale, alla fine del quale, quand'egli è giunto a far eseguire una sentenza fondata sulla rigorosa prova scritta del suo credito, improvvisamente gli appare, a farlo « di smalto », la testa di Medusa di quell'azione per risarcimento di danni, che stava ad aspettarlo in agguato!

13. — Per tutte le ragioni esposte finora, ritengo che un legale onesto, al quale un cliente chiedesse quale è la via giudiziaria più sicura per arrivare al sodisfacimento di un credito, non potrebbe mai, in coscienza, consigliargli il procedimento ingiunzionale com'è oggi

---

(49) Atti della Camera, Legisl. XXVI, Sess. 1ª, Discussioni (seduta del 12 maggio 1922), pag. 4421.

congegnato: malfido istrumento che par fatto apposta per dar modo al debitore di giuocare col creditore come fa il gatto col topo.

Tutto questo basta a spiegare lo scarsissimo uso che del procedimento ingiunzionale si è fatto, in questo primo anno di esperimento pratico. In mancanza di dati statistici ufficiali, ho voluto assumere qualche diretta informazione presso i tribunali di alcune grandi città; e mi sono resultate cifre addirittura sbalorditive. Basti dire che dinanzi al Tribunale di Napoli, il quale, secondo le statistiche giudiziarie ultimamente pubblicate, pronuncia più di un migliaio di sentenze contumaciali all'anno (1916: 792 in materia civile, 519 in materia commerciale; 1917: 660 civ., 380 comm.; oggi queste cifre devono certamente esser cresciute, per la ripresa dei traffici nel dopo guerra) il processo per ingiunzione ha avuto la sorte seguente:

	Ingiunzioni	*Opposizioni*
dall'entrata in vigore del decr. 24 luglio 1922 al 31 dicembre 1922 . . .	54	21
dal 1° gennaio 1923 al 31 ottobre 1923 .	158	67

E questo sarebbe il procedimento destinato a far sparire dai tribunali l'ingombro delle sentenze contumaciali! (50)

§ 4. — *c*) L'ostilità dei legali.

Sommario: 14. La ostilità dei professionisti legali contro il procedimento ingiunzionale. — 15. Misure per rimediarvi.

14. — Alle ragioni esposte finora, le quali bastano di per sé sole a giustificare l'esito veramente sconfortante dell'esperimento, si deve aggiungerne un'altra, la quale sussisterebbe anche quando la struttura del procedimento ingiunzionale fosse regolata, come abbiamo visto che da noi non è, nel modo più perfetto possibile: alludo *alla sistematica ostilità che contro questa forma di procedimento manifestano i professionisti legali.*

---

(50) A Firenze fino al 31 dicembre 1922 il Tribunale pronunciò n. 70 decreti d'ingiunzione; dal 1° gennaio al 30 novembre 1923 n. 135. Cifre meno sconfortanti si hanno al Tribunale di Milano, dove dal 1° gennaio al 31 ottobre 1923 si sono avuti 1404 decreti d'ingiunzione (su 1701 ricorsi presentati), di cui 355 hanno dato luogo a opposizione. [Cfr. per dati più recenti sull'uso del proc. mon. in Toscana, il discorso del proc. generale Campili tenuto alla Corte d'Appello di Firenze il 7 gennaio 1925 (Firenze, 1925), pag. 7; anche questo eminente magistrato critica, a pag. 17 di tale discorso, le complicazioni del pr. monitorio oggi in vigore da noi].

Affinché un procedimento nuovo, com'è per l'Italia il procedimento ingiunzionale, possa in breve svilupparsi nella pratica giudiziaria, è indispensabile che esso sia ben visto non tanto da coloro che di questo procedimento debbono valersi per la tutela dei loro crediti, quanto dai patrocinatori ai quali costoro si rivolgono per essere consigliati e assistiti in giudizio; e se questi consiglieri non fanno buon viso al procedimento ingiunzionale e sistematicamente suggeriscono al cliente di servirsi a preferenza del procedimento ordinario, il procedimento ingiunzionale è per ciò solo condannato al fallimento. Ora, se si vuol guardare il fenomeno con spirito pratico, bisogna riconoscere che nei nostri ceti forensi il procedimento ingiunzionale è stato accolto con scarsa simpatia non solo per i difetti intrinseci del decr. 24 luglio 1922, ma anche per il motivo, convincente più di qualsiasi dissertazione teorica, che *il legale guadagna più col procedimento ordinario che col procedimento ingiunzionale.*

Non si dica che il solo supporre la possibilità di un legale che preferisca al procedimento più sbrigativo per il cliente quello più lucroso per il patrocinatore, è gratuita ingiuria rivolta « alla classe ». Riconosciamo invece, sinceramente, che questa preferenza risponde alla natura umana e che di essa deve tener conto senza falsi pudori il legislatore: è certo, infatti, che il legale al quale il creditore si rivolge per il procedimento di ingiunzione, è quasi sempre, se non addirittura un causidico di pretura, un procuratore modesto, un di quelli che non fanno la professione « in grande stile », ma che vivono alla meglio a forza di « vacazioni » diligentemente computate colla tariffa alla mano. Il procedimento ingiunzionale non è un procedimento fatto per i grandi avvocati: e i piccoli avvocati, ai quali i creditori si rivolgono per questi procedimenti sbrigativi, sono indotti anche inconsapevolmente a calcolare che in un processo ordinario, in cui si possono fare, anche in contumacia del convenuto, numerosi rinvii e voluminose comparse, i guadagni possono essere quattro o cinque volte superiori a quelli assai magri consentiti dall'art. 16 del decr. 24 luglio 1922.

Così il procedimento ingiunzionale è destinato ad essere combattuto da tutte le parti: il legale che guarda esclusivamente all'interesse del cliente lo sconsiglierà per i pericoli di complicazioni che esso presenta; il legale che guarda piuttosto al suo interesse professionale, lo sconsiglierà perché esso, per la sua semplicità, non consente di fare una notula ben nutrita (51).

Meschina cosa, in verità, questo piccolo calcolo da azienda domestica che corre dietro alla lira; eppure bastano talvolta queste pic-

---

(51) Cfr. STEIN, *Zur Iustizreform*, cit., pagg. 95-96.

cole cause prosaiche per mandare a monte le riforme preparate con grande studio dai « competenti » in grossi volumi di teoria!

15. — Il rimedio? In Germania, ove il fenomeno della ostilità degli avvocati contro il processo monitorio si è fatto sentire prima che da noi, se ne sono suggeriti varî; e mentre qualcuno (52) è arrivato addirittura a proporre di delegare agli avvocati, in qualità di pubblici ufficiali, la funzione di emanare ordini di pagamento, con facoltà nel debitore di fare opposizione dinanzi all'autorità giudiziaria (riforma che, nella intenzione dei proponenti, avrebbe portato agli avvocati un sicuro reddito di diritti fissi e li avrebbe perciò riconciliati col procedimento monitorio), una più autorevole corrente ha sostenuto che fosse opportuno togliere al procedimento monitorio il carattere di procedimento facoltativo che sempre ha avuto (53), e renderlo obbligatorio, nel senso che, ogni qual volta un creditore chieda in giudizio la condanna del debitore per un credito che si presenti fornito dei caratteri necessarî e sufficienti per l'esperimento del processo monitorio, il giudice debba, anche se la domanda è proposta mediante citazione, emanare immediatamente, prima di far notificare la citazione al convenuto, l'ordine di pagamento (54). Questa corrente ebbe in Germania, nella ordinanza 9 settembre 1915 emanata per diminuire il lavoro dei tribunali durante la guerra, un temporaneo trionfo (55); ma in breve la riforma, in seguito alle vive proteste che essa suscitò fra gli avvocati, fu ridotta a proporzioni assai più modeste, poiché col decreto 18 maggio 1916 la obbligatorietà del procedimento monitorio fu conservata solamente per i crediti di minor valore (56). Non so se sarebbe consigliabile di introdurre in Italia una riforma così innovatrice. È da avvertire, innanzi tutto, che per renderla attuabile da noi bisognerebbe prima trasformare, in conformità colla proposta Chiovenda (artt. 4-9), tutta la disciplina della domanda giudiziale, sostituendo al sistema della citazione notificata immediatamente dall'attore al convenuto senza passare per il tramite del giudice, il sistema della mediatezza in cui l'atto introduttivo della lite, prima che all'avversario, va alla autorità giudiziaria: la quale avrebbe modo così di verificare se l'oggetto della domanda fosse di quelli che si prestano

(52) Cfr. Schiffer, *Rechtsanwaltschaft und Mahnverfahren*, in *D.I.Z.*, 1916, pag. 157.

(53) Cfr. Stein, *Komm.* (11. Aufl.), § 688, *Vorbem*, II.

(54) Cfr. Stein, *Iustizreform*, pag. 97; Fischer, in *D.I.Z.*, I, 410, ecc.

(55) Più precise notizie nel mio scritto: *Le riforme processuali in Germania dall'inizio della guerra*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pag. 165.

(56) *Ibidem*, pag. 166 [Cfr. Goldschmidt, *Die neue Civilprocessordnung v. 13 mai 1924*, Berlin, 1924, Ahnang, pag. 275].

al procedimento monitorio e se di conseguenza fosse il caso di rilasciar senz'altro il decreto di ingiunzione. Ma poi, anche quando questa trasformazione preliminare fosse un fatto compiuto, io resterei sempre in dubbio sulla opportunità di imporre ai creditori l'uso del procedimento monitorio: non solo perché questo procedimento monitorio *a corso forzoso*, se da una parte produrrebbe una diminuzione di cause in contraddittorio, produrrebbe dall'altro un aumento di lavoro per i giudici incaricati di fare *in limine litis* la selezione delle domande, ma perché non mi pare che l'interesse dello Stato ad amministrar la giustizia nelle forme più rapide e meno dispendiose possibili possa spingersi fino al punto di togliere al cittadino la facoltà di scegliere, tra le varie forme di procedimento offerte dalle leggi, quella che meglio gli sembra adatta al suo interesse privato. Meglio che mediante costrizioni, lo scopo si deve raggiungere col fare del procedimento monitorio un mezzo così comodo di tutela giuridica che il creditore esperto sia indotto a preferirlo per sua libera elezione (57). E per superare le interessate ostilità dei legali, niente varrebbe a mio parere quanto lo stabilire nelle tariffe dei procuratori che, nelle cause aventi per oggetto un credito fornito di tutti i requisiti richiesti dal procedimento monitorio, il legale dell'attore, ove si segua la via del procedimento ordinario e il convenuto resti contumace, non abbia diritto di farsi pagare dal cliente onorarî più alti di quelli ai quali avrebbe diritto se si fosse seguita la via più economica del procedimento ingiunzionale; e che dal debitore condannato in contumacia nelle stesse condizioni l'attore possa ripeter soltanto le spese in misura corrispondente a quelle minori del processo ingiunzionale. Così, quando il legale sapesse che dal seguire il procedimento ordinario anziché quello ingiunzionale egli non trarrebbe, in caso di contumacia del debitore, alcun aumento di onorarî; quando il creditore sapesse che in questa ipotesi le maggiori spese derivanti dal processo ordinario non gli verrebbero rimborsate, il procedimento ingiunzionale sarebbe al sicuro dai non disinteressati ostracismi.

§ 5. — Conclusioni e proposte di riforma.

16. — Da altre critiche di dettaglio alle quali potrebbe dar luogo in più punti il testo del decr. 24 luglio 1922 mi astengo, poiché avrebbero importanza molto minore di quelle fondamentali fatte fin qui: né debbo tacere che, se si dovessero esaminare ad una ad una tutte le disposizioni di questo decreto, se ne troverebbero alcune indub-

(57) Hellwig, *Iustizreform* (Berlin, 1908), pag. 42.

biamente ottime e superiori a quelle dei modelli germanico ed austriaco, come, per dirne una, quella dell'art. 3, per la quale il procedimento ingiunzionale viene iniziato (anziché dinanzi al giudice più basso della gerarchia giudiziaria, com'è nella legge austriaca 27 aprile 1873, § 2, e nel § 689 della *CPO* germanica) dinanzi al giudice competente *per valore* a decidere sulla controversia: con che si evitano tutte le complicazioni nascenti in altre legislazioni dal trasferimento della lite al giudice competente per valore in caso di opposizione (cfr. *retro*, II, n. 27).

A conclusione di quanto finora ho esposto, ritengo che per mettere in grado il procedimento monitorio di funzionare speditamente, e per invogliare i creditori a servirsi di esso anziché del procedimento ordinario, sì da portare un sensibile sgravio nel numero delle cause in contraddittorio che affollano ora i tribunali civili, bisognerebbe:

1°) abolire tra le condizioni di ammissibilità del procedimento monitorio quella della prova scritta del credito: al più stabilendo, per evitare gli abusi, che la ingiunzione basata su semplice affermazione del creditore non possa acquistar forza esecutiva se non quando sia stata notificata al debitore in persona propria;

2°) stabilire che la opposizione proposta nel termine abbia l'effetto di far cadere nel nulla la ingiunzione;

3°) parificare a tutti gli effetti la ingiunzione non opposta nel termine a una sentenza contumaciale dichiarata provvisoriamente esecutiva; e quindi ammettere contro di essa una impugnativa fuori del termine solo in quanto e nei limiti in cui si ritenga di conservare nel processo ordinario l'opposizione contumaciale o di introdurvi la restituzione in intero;

4°) abolire l'azione per risarcimento di danni dell'art. 15;

5°) dichiarare non repetibili di fronte al debitore condannato in contumacia nel processo ordinario per un credito avente i caratteri richiesti dal procedimento monitorio, le spese maggiori in cui il creditore sia incorso per aver preferito al proc. monitorio quello ordinario;

6°) stabilire che, nel caso suddetto, il legale del creditore non abbia diritto dal cliente ad alcun onorario come avvocato, e come procuratore abbia diritto solo agli onorarî stabiliti in tariffa per il procedimento monitorio.

Qualcuna di queste proposte si trova già autorevolmente consacrata nella proposta Chiovenda (art. 202 cpv. ultimo; art. 204 cpv. penultimo); né ad esse sostanzialmente contrastano, se si toglie la

limitazione del procedimento ingiunzionale ai soli crediti provati per iscritto, gli artt. 247-258 dello schema di riforma pubblicato dal MORTARA (58), dai quali il procedimento per ingiunzione, ricollocato nella esatta situazione sistematica di un procedimento di cognizione abbreviato, è disciplinato in forma svelta ed elegante, non più appesantita da quel fardello di disposizioni precauzionali a favore del debitore, che il misoneismo parlamentare caricò sulle spalle del decr. 24 luglio 1922.

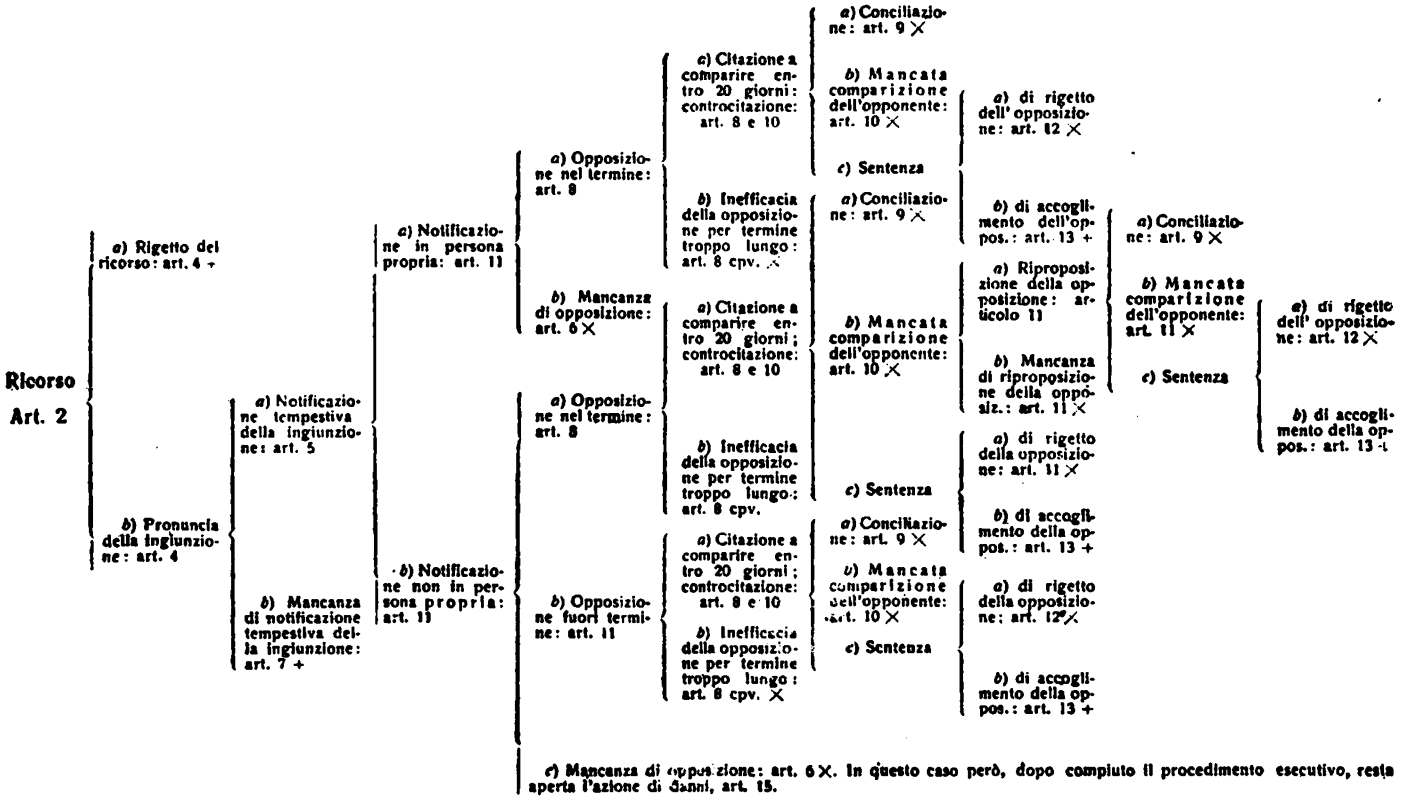
Se queste mie proposte, migliorate e vagliate nella loro concreta formulazione, trovassero posto nella imminente riforma generale del processo, non credo che sarebbe presuntuoso ardimento sperare dal procedimento ingiunzionale, così rinnovato e rinvigorito, una benefica ripercussione sulla paralisi giudiziaria; alla quale esso porterebbe senza dubbio un notevole sgravio, senza bisogno di giungere alla *extrema ratio* proposta di recente in Germania, di trasferire dai giudici ai cancellieri l'ufficio di emanar le ingiunzioni, il che non parrebbe conciliabile colla natura di decisioni, sia pur condizionate, che queste indubbiamente hanno (59).

In questo modo anche il decr. 24 luglio 1922, così pieno di difetti e di controsensi, avrebbe assolto onorevolmente il compito eterno di tutte le opere umane destinate a passare: quello di preparare il meglio attraverso l'esperienza del peggio.

---

(58) Nel citato volume *Per il nuovo Codice della proc. civile*, pag. 94 e segg.
(59) HELLWIG, *Iustizreform*, cit., pag. 43.

Possibili fasi del procedimento per ingiunzione del decreto 24 luglio 1922.



N. B. — I segni + indicano i casi in cui il procedimento finisce in modo sfavorevole al ricorrente; mentre i segni X indicano i casi in cui il procedimento dà luogo a titolo esecutivo a suo favore. Per non aumentare la complicazione del quadro si sono trascurati i casi in cui il procedimento finisce per rinuncia, perenzione, ecc. ecc.

IV. — NOTA POLEMICA

1. — La pubblicazione su riviste giuridiche degli scritti oggi raccolti nel presente volume — specialmente del primo — ha dato luogo tra gli studiosi di diritto processuale a discussioni ed a repliche su qualcuna delle idee in essi sostenute. Poiché una parte di questi dibattiti investono la natura del procedimento monitorio ed hanno perciò, per tutte le questioni pratiche concernenti il medesimo, importanza di principio, ritengo utile accennar qui alle più importanti critiche mossemi: e cioè a quelle del CARNELUTTI (*Note intorno alla natura del processo monitorio*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1, 270); del SEGNI (*L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, in *Studi Sassaresi*, 1924); del CRISTOFOLINI (Recensione in *Riv. dir. proc.*, I, 1, 210; e *Sulla prefissione del termine nel decreto d'ingiunzione*, ivi, I, 2, pag. 136).

2. — Al SEGNI (*L'opposizione*, cit., n. 7, nota 2 a pag. 352) non sembra accettabile la distinzione da me proposta del proc. monitorio nei due tipi di proc. monitorio puro e proc. monitorio documentale (accettata implicitamente da CARNELUTTI e da CRISTOFOLINI, ed esplicitamente da PARRELLA, *Il procedimento monitorio per i crediti dei prof. legali*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2, 42): secondo lui quel procedimento ch'io denomino monitorio puro dovrebbe chiamarsi « proc. monitorio... senz'altro! », mentre in quel procedimento che io denomino monitorio-documentale, la parola monitorio sarebbe di troppo, e più esatto sarebbe denominarlo « documentale - esecutivo » (ivi, nota 4 a pagg. 352-353; e n. 7 lett. C). La ragione di questo dissenso di terminologia si trova in un più profondo dissenso intorno a quelli che sarebbero i caratteri tipici ed essenziali del procedimento monitorio; mentre, secondo me, il carattere distintivo di questa forma di procedimento deve scorgersi nello spostamento dell'iniziativa del contraddittorio dall'attore al convenuto (o nella *eventualità* del contraddittorio secondo il CARNELUTTI), secondo il SEGNI la nota essenziale di questo procedimento dovrebbe cercarsi nella emanazione di un ordine di pagamento « senza precedente cognizione del merito » (scritto cit., n. 8), soggetto a cader nel nulla per la semplice opposizione del convenuto (scritto cit., n. 9).

È certo che, se si adottasse il criterio di distinzione proposto dal SEGNI, quel procedimento ch'io denomino monitorio-documentale non potrebbe più farsi rientrare sotto il *genus proximum* di proc. monitorio, perché gli manca (in quanto il giudice emana qui l'ingiunzione dopo aver conosciuto le prove scritte fornite dall'attore) la caratteristica della assoluta assenza di ogni cognizione del merito. Ma tale criterio di distinzione non mi pare accettabile: se ufficio di ogni definizione è quello di colpire i caratteri che son proprî del solo oggetto da definire, il criterio adottato dal SEGNI non riesce a delimitare il concetto di procedimento monitorio, perché anche fuori di esso, cioè nel procedimento ordinario, si possono aver casi di condanne emanate senza precedente cognizione del merito, ossia di accertamenti basati su preclusione: si pensi a una sentenza di condanna, pronunciata, in contumacia del convenuto, in base alla *ficta confessio* dell'art. 218 Cod. proc. civ., o in genere alle sentenze contumaciali in quelle legislazioni processuali nelle quali vige il principio — estraneo alla nostra — che la contumacia del convenuto basta a far considerare per veri i fatti semplicemente affermati dall'attore (cfr. *retro*, I, n. 20).

Il carattere tipico per il quale il procedimento monitorio si distingue dai casi in cui anche nel processo ordinario l'accertamento si compie mediante preclusione è ben altro: è quella preordinata assenza iniziale del contraddittorio, la quale mira a favorire, anzi addirittura a preparare, il formarsi dell'accertamento mediante preclusione. In quelle legislazioni in cui la contumacia del convenuto dà luogo ad accertamento per preclusione, in un sol punto il procedimento monitorio si differenzia dal procedimento ordinario contumaciale: in quanto, mentre nel procedimento ordinario contumaciale l'accertamento mediante preclusione è pronunciato successivametne al verificarsi di questa, nel procedimento monitorio la pronuncia di tale accertamento è antecedente al verificarsi della preclusione, nella supposizione che questa abbia a verificarsi alla scadenza del termine (1). In siffatta *anticipazione di pronuncia* sta tutta la tipica *vis* del procedimento monitorio; la struttura del quale ha la sua impronta caratteristica in quelle disposizioni che, dando al giudice il potere di pronunciare la ingiunzione senza previamente sentire il convenuto e attribuendo a questo l'onere di provocare il contraddittorio se non vuol che operi la preclusione, mirano appunto a mettere il giudice, prima che la preclusione siasi verificata, nelle stesse condizioni in cui si troverebbe nel procedimento ordinario quando la preclusione si fosse verificata già. In tale pronuncia anticipata, in tale inversione di quella che nel

---

(1) Cfr., ora, MORTARA, *Comm.*, 4ª ed., vol. V, pag. 782.

proc. ordinario è la successione logica dei due momenti — il momento in cui la preclusione (contumacia) si verifica e il momento in cui il giudice ne pronuncia le conseguenze (accertamento) — si deve cercare la definizione del procedimento monitorio: e a chi trascuri questa nota essenziale dell'istituto si può a ragione rivolger l'accusa, che il SEGNI a torto muove a me (scritto cit. nota 1 a pag 370), di annullare ogni differenza tra proc. monitorio e proc. contumaciale ordinario (2).

Anche quella forma di procedimento che io chiamo monitorio-documentale, e il cui esempio più importante si ha ora nel procedimento introdotto dal R.D. 24 luglio 1922, appartiene dunque alla categoria del proc. monitorio, poiché ne presenta la tipica anticipazione di pronuncia con inversione dell'iniziativa del contraddittorio. La denominazione, proposta dal SEGNI, di proc. documentale-esecutivo appare anche sotto altri aspetti poco felice: il secondo attributo è fuor di posto, perché anche il procedimento del R.D. 24 luglio 1922, come quello che mira a preparare il titolo esecutivo, ha carattere di processo di cognizione e non ha niente a che vedere colla esecuzione, la quale può iniziarsi soltanto quando questo procedimento abbia raggiunto, esaurendosi, il suo scopo (*retro*, I, n. 18); né basterebbe a caratterizzare questo procedimento la sola qualifica di « documentale », perché questa richiamerebbe alla mente quello *Urkundenprozess* del diritto tedesco (cfr. art. 324 Cod. comm.), il quale si inizia con regolare contraddittorio provocato dall'attore. La denominazione di monitorio-documentale, da me adottata, è quella che più esattamente esprime la fusione in questa forma ibrida di procedimento di elementi proprî del proc. monitorio (anticipazione di pronuncia con inversione dell'iniziativa del contraddittorio) con elementi proprî del proc. documentale (necessità che il credito fatto valere si basi su prova scritta).

3. — Alla definizione da me data dal proc. monitorio, in modo da comprendere sotto un unico genere le due specie del proc. monitorio puro e del proc. monitorio documentale, aderisce in sostanza, nella sua *Nota* sopra ricordata, il CARNELUTTI; egli crede però che il mio punto di vista debba essere leggermente spostato, in quanto la nota saliente del processo monitorio si dovrebbe cercare non tanto nella inversione della iniziativa del contraddittorio, quanto nella *eventualità* del contraddittorio, che di questa inversione è il resultato.

---

(2) A quali aberranti conseguenze pratiche il SEGNI sia tratto dall'aver adottato una insufficiente premessa teorica, si rileva dalla posizione che egli fa nella sua trattazione al procedimento sulle licenze per finita locazione stabilito dalla legge 24 dicembre 1896, che egli considera, *quantunque si inizî con citazione*, come uno dei più puri esempî di procedimento monitorio!

L'osservazione del CARNELUTTI, meglio che a confutare il criterio da me proposto, mira a completarlo: siamo d'accordo nel considerare il proc. monitorio come uno strumento per sottrarre alle lungaggini del procedimento in contraddittorio quelle liti nelle quali il contraddittorio, a giudizio del convenuto, sia inutile; siamo d'accordo nel ritenere che il congegno con cui questo procedimento cerca di raggiungere tale scopo, è la inversione dell'iniziativa del contraddittorio dall'attore al convenuto; e siamo d'accordo altresì nel rilevare che, in conseguenza di questa inversione, il contraddittorio può esserci come può non esserci, secondoché il convenuto faccia o non faccia opposizione. Solamente io sono un po' in dubbio se proprio sia opportuno porre in questa eventualità del contraddittorio la nota essenziale del procedimento: e ciò per due ordini di considerazioni.

Innanzi tutto mi pare che s'avvicini a una petizione di principio il trovar la caratteristica del procedimento monitorio in quella eventualità che, se si verifica, costituisce per dir così il fallimento del procedimento stesso: si pensi che questo si inizia come un tentativo, come una « speculazione » (la frase è dello SCHMIDT) sulla inerzia del convenuto; se il convenuto non fa opposizione, la speculazione è riuscita, e il vantaggio proprio di questo procedimento (risparmio del contraddittorio) è raggiunto; se invece il convenuto fa opposizione, il tentativo cade nel nulla, e il proc. monitorio si risolve nel più dispendioso proc. ordinario. Ora, se noi consideriamo come carattere distintivo del proc. monitorio l'*eventualità* del contraddittorio, veniamo in sostanza a definirlo non per quello che è, ma per l'esito che può avere: si eleva a sua nota essenziale di distinzione l'incertezza della sua riuscita, la possibilità cioè che esso non riesca a raggiungere quello scopo (risparmio del contraddittorio), in vista del quale è tipicamente costruito. Si fa insomma come chi, per definire le operazioni di borsa, si limitasse a dire che sono quelle operazioni nelle quali è incerto se si finisce col vincere o col perdere!

D'altra parte il definire il procedimento monitorio mediante il solo carattere della eventualità del contraddittorio, può ingenerare, se non mi inganno, qualche confusione col procedimento ordinario, per il quale anche si può dire che il contraddittorio, quantunque sempre provocato dall'attore colla citazione, è in un certo senso eventuale; in quanto, se il convenuto resta contumace, il contraddittorio non si effettua e la sentenza è pronunciata dal giudice dopo aver sentito una sola parte. Il CARNELUTTI para in anticipo questa obiezione, poiché, dopo aver detto che nel procedimento ordinario « la iniziativa dell'attore determina la *certezza* del contraddittorio » soggiunge subito: « *almeno potenziale* ». Ora questa « potenzialità » significa, se non erro, che il contraddittorio c'è soltanto se il convenuto aderisce all'in-

vito rivoltogli dall'attore, soltanto se il convenuto si dimostra disposto a profittare della condizione, in cui lo ha posto la citazione dell'attore. Così nel procedimento ordinario come nel proc. monitorio l'effettuazione del contraddittorio dipende dunque da un'attività del convenuto (comparizione nel primo, opposizione nel secondo); la quale nell'un caso e nell'altro può esserci e può non esserci ed è quindi qua e là eventuale. La differenza è tutta nella diversa natura dell'attività che nei due casi deve compiere il convenuto affinché il contraddittorio si effettui: nel proc. ordinario basta che il convenuto aderisca all'invito di comparire rivoltogli dall'attore; nel proc. monitorio bisogna invece che il convenuto, colla opposizione, provochi il contraddittorio che l'attore per conto suo non ha provocato. La differenza è dunque, tutta quanta, in uno spostamento di iniziativa dall'attore al convenuto.

Si tratta, del resto, di sfumature: né mi pare che su questo punto si possa parlare, tra il modo di vedere del CARNELUTTI e quello mio, di un vero dissenso.

4. — Tutti quanti gli scrittori surricordati — CARNELUTTI, SEGNI, CRISTOFOLINI — sono d'accordo con me nel considerare il proc. monitorio come una speciale forma di procedimento di *cognizione*, attraverso il quale il giudice esercita funzione propriamente giurisdizionale.

Su quest'ultimo punto il CARNELUTTI — il quale, da alcune espressioni contenute nelle sue *Lezioni* m'era sembrato che si avvicinasse a quei processualisti tedeschi che confinano il procedimento monitorio nel campo della giurisdizione volontaria (cfr. I, n. 15) — spiega, nella *Nota* surricordata, il suo pensiero nel senso che, secondo lui, il proc. monitorio non può considerarsi *a priori* come un processo *improprio*, perché, né più né meno che per il processo ordinario, non si può prevedere se esso serva veramente a decidere « una lite ». Avevo dunque inteso il suo insegnamento in modo troppo assoluto; e ne faccio volentieri ammenda: pur con tutte le riserve (i cui motivi mi propongo di esporre altrove) sulla riduzione della funzione giurisdizionale a mera decisione di « liti ».

In quanto alla definizione del proc. monitorio, — anche nella sua forma pura — come una varietà del processo *di cognizione*, lo stesso CARNELUTTI mi osserva che, per arrivare a definirlo così, non importa faticar tanto per cercare se anche in questo processo il giudice *conosce*, ma basta dimostrare che anche in esso il giudice *accerta*; ché, almeno eccezionalmente, si può accertare anche senza conoscere. Trovo giusta l'osservazione e le considerazioni che la accompagnano: e le accetto come riprova della bontà della conclusione alla quale ero giunto per diversa via.

5. — Il SEGNI energicamente si oppone alla teoria da me sostenuta (*retro*, I, n. 11), secondo la quale il procedimento monitorio serve a far valere, in forme più sbrigative di quelle del proc. in contraddittorio, nient'altro che la ordinaria azione di condanna; e mentre a questa concezione aderisce senza riserve il CRISTOFOLINI (Recensione cit., pag. 211; *Sulla prefissione del termine*, cit., nota 2 a pag. 147), il SEGNI si ferma lungamente a confutare le mie conclusioni e ad enumerare gli argomenti i quali, a suo avviso, dimostrano che al procedimento monitorio corrisponde una speciale azione *sommaria*.

Non credo necessario ribattere ad una ad una le argomentazioni del SEGNI, anche perché a molte di esse non saprei replicare senza ripetermi. Su un punto solo, che è l'essenziale, credo non inutile aggiungere qualche considerazione la conferma della mia tesi.

Il problema è questo: il creditore che vuol far valere giudizialmente il suo credito contro il debitore moroso, ha due vie innanzi a sé: quella del proc. ordinario che lo conduce ad ottenere una sentenza di condanna, quella del proc. monitorio che lo conduce a un ordine di pagamento. Si domanda se l'azione che il creditore può far valere nell'un caso o nell'altro sia la stessa azione esercitata mediante procedimenti diversi, o se invece si tratti, nei due casi, di due azioni diverse. Siamo dunque dinanzi a un problema di identificazione di azioni: per risolvere il quale — poiché le persone, il titolo, e l'oggetto mediato (oggetto del credito) sono nei due casi gli stessi — bisogna stabilire se vi sia identità o diversità nell'unico elemento restante, cioè nell'oggetto immediato (provvedimento giurisdizionale).

Per dimostrar l'esistenza in questo caso di una speciale azione sommaria, era necessario e sufficiente che il SEGNI dimostrasse la esistenza di sostanziali diversità tra l'ordine di pagamento del proc. monitorio e la sentenza di condanna del procedimento ordinario; ma non mi pare che a dare una dimostrazione convincente di questa diversità egli sia riuscito. A parte le differenze formali, di cui ho già affermato la irrilevanza (*retro*, I, n. 22), la natura del provvedimento giurisdizionale nell'un caso e nell'altro dev'esser valutata in relazione all'utilità del creditore che di questo provvedimento vuol valersi per il suo scopo pratico, e per il quale esso provvedimento rappresenta un bene economico: in tanto vi è diversità tra l'ordinaria azione di condanna e l'azione fatta valere col procedimento monitorio, in quanto sia dimostrato che il creditore, il quale ha ottenuto un ordine di pagamento mediante il procedimento monitorio, si trovi in condizione praticamente diversa da quella in cui si troverebbe quando avesse ottenuto una sentenza di condanna. Anche il SEGNI, almeno in una parte della sua argomentazione, ha posto così correttamente il pro-

blema: guardiamo quali argomenti ha portato per risolverlo nel senso da lui sostenuto.

Io ho negato (*retro*, I, n. 22) che l'ordine di pagamento abbia per il creditore qualsiasi valore pratico prima del decorso del termine, e ho sostenuto che il raffronto tra questo provvedimento e la ordinaria sentenza di condanna deve essere fatto — per indurne una eventuale diversità di sostanza — al momento in cui esso ordine di pagamento diventa esecutivo, non al momento in cui viene emanato sotto condizione. Il SEGNI invece opina che « l'ingiunzione ha un valore pratico anche prima che essa diventi definitiva per il trascorrere dei termini per l'opposizione » (scritto cit., pag. 371) e che « il creditore che ottiene dal giudice l'emanazione di una ingiunzione è praticamente in condizioni ben diverse dal creditore che spicca una citazione »; e ciò per due ragioni: 1°) « per il termine in cui il debitore può opporsi, ben più breve del termine del procedimento ordinario »; 2°) « perché la contumacia del debitore nel procedimento monitorio ha effetti ben diversi da quelli che ha nel procedimento ordinario ».

Si può innanzi tutto osservare al SEGNI che, al momento in cui l'ordine di pagamento viene emanato, la brevità del termine per la eventuale opposizione, e i più rigorosi effetti della eventuale preclusione, non hanno per il creditore alcun valore pratico *attuale*. Si tratta di una *spes*, non di una certezza: soltanto al momento in cui il termine scade e la preclusione si compie, questi elementi acquistano per il creditore una importanza pratica: il SEGNI dunque, pur non volendo, è costretto a risalire, dal momento in cui l'ingiunzione è emanata, al momento in cui essa diventa definitiva. Ma, a parte questa osservazione preliminare, che cosa hanno a che vedere colla natura del provvedimento la maggiore o minor brevità del termine in cui il convenuto può far valere le sue ragioni, o le conseguenze più o meno rigorose della preclusione in base alla quale il provvedimento ordinario cambia natura sol perché l'attore abbia citato il convenuto a termini abbreviati (art. 154 Cod. proc. civ.)? Forseché la sentenza di condanna ottenuta in base a preclusione per mancata comparizione dell'interrogando è un provvedimento di verso dalla sentenza di condanna ottenuta in base alla valutazione delle prove?

Ma in questo modo usciamo fuori di strada. Il SEGNI ci deve dimostrare, come si propone, che l'ingiunzione, *prima di diventar definitiva*, ha per il creditore « valore pratico a sé stante, diverso da quello del provvedimento definitivo », « così come ha un valore l'esecuzione di una condanna con riserva, anche se essa possa esser revocata ». In che cosa consista questo « valore pratico » io attendo ancora di sapere. Che esso vi sia nella condanna con riserva non contesto, in quanto questa è esecutiva fin dal momento in cui è

emanata: essa è allora un bene *provvisorio*, ma è un bene; ma l'ingiunzione del procedimento monitorio, che diventa esecutiva soltanto allo scadere del termine, non ha al momento in cui vien pronunciata neppure un valore provvisorio. È una possibilità di provvedimento, non un provvedimento: soltanto allo scader del termine il creditore saprà se il suo tentativo di avere un provvedimento esecutivo equivalente a una condanna con un procedimento più sbrigativo di quello ordinario sia riuscito o sia fallito. E allora bisogna concludere che, prima del decorso del termine, l'unica differenza pratica fra procedimento monitorio e procedimento ordinario è questa: che nel primo il creditore si trova a avere in mano, fin dalla pronuncia della ingiunzione, un pezzo di carta firmato dal giudice, al quale può darsi che egli, se ignora il funzionamento del procedimento monitorio, attribuisca nel suo pensiero una efficacia che esso non ha... E questo è tutto!

Che se poi si va a fare il raffronto tra sentenza di condanna e ordine di pagamento divenuto definitivo per il decorso del termine, allora per negare l'analogia sostanziale tra questi due provvedimenti (riconosciuta anche dal Chiovenda, *Principii*, pag. 201) il Segni non può far altro che insistere (nota 1 a pag. 371) sul carattere di accertamento per preclusione che egli considera tipico della ingiunzione: « preclusione che opera in *maniera affatto formale* e che non può in alcun modo considerarsi come una prova della domanda dell'attore ». Come se non esistessero sentenze di condanna basate su preclusione anziché su prove!

In conclusione: se la esistenza di una speciale azione sommaria per il proc. monitorio si cerca al momento in cui è emanata l'ingiunzione, l'azione speciale non si trova, perché in questo momento non esiste ancora il provvedimento definitivo che di tale azione dovrebb'esser l'oggetto; se la esistenza di questa azione si cerca al momento in cui l'ingiunzione diventa definitiva, neppur così si riesce a individuar la pretesa azione sommaria, perché — identificandosi il provvedimento con una sentenza — anche l'azione si identifica coll'ordinaria azione di condanna. Resto dunque più di prima convinto che al procedimento monitorio non corrisponde, come vorrebbe il Segni, una speciale azione sommaria: né sto a ripetere le ragioni per le quali continuo a ritenere — contrariamente alla opinione del Segni — che le speciali condizioni alle quali è soggetto il procedimento monitorio abbiano il carattere di presupposti processuali speciali (in questo senso Cristofolini *Sulla prefissione del termine*, cit., pag. 148 nota 1), non di condizioni di una speciale azione che secondo me non esiste.

6. — Mi piace raccogliere, per terminar queste note, una osservazione fattami sullo stesso argomento dal CRISTOFOLINI (Recensione cit., pagg. 211, 212), la quale indica esattamente in qual direzione si poteva tentare, caso mai, di giungere a dimostrar la esistenza di una speciale azione sommaria per il nostro procedimento. Osserva il CR. che, nel mio studio sulla struttura del proc. monitorio (*retro*, n. 1), io non mi son dato abbastanza cura di dimostrare che la ingiunzione, una volta divenuta definitiva per il decorso del termine, acquisti forza di giudicato nella stessa misura in cui l'acquista una ordinaria sentenza di condanna: in mancanza di tale dimostrazione si potrebbe esser tratti a credere — aggiunge dubitativamente il CR. — che l'azione fatta valere col procedimento monitorio sia un'azione diversa da quella ordinaria di condanna, qualora il provvedimento giurisdizionale a cui essa mira differisca dalla sentenza di condanna sotto il profilo della cosa giudicata.

Il CR. è convinto del contrario: ed io credo che, per dare tale dimostrazione, basti richiamarsi a tutto lo svolgimento storico del processo monitorio, orientato appunto alla celere creazione di un accertamento destinato come una sentenza a « *transire in rem judicatam* » (cfr. SEGNI, *L'opposizione*, cit., n. 3). Eventuali disposizioni di qualche legislazione — e anche del nostro R.D. 24 luglio 1922 — le quali potrebbero far credere che l'ingiunzione, anche dopo il decorso del termine, abbia carattere di accertamento provvisorio, devono essere considerate come deviazioni da quello che è il profilo tradizionale e corretto dell'istituto: alla riforma imminente del nostro processo civile il compito di impedire che tali disposizioni aberranti siano mantenute (3) (*).

---

(3) Anche il MORTARA, *Comm.*, 4ª ed., vol. V, il quale ritiene che « la efficacia di sentenza spedita in forma esecutiva non conferisce al decreto l'autorità della cosa giudicata » (ivi, pag. 777), si augura però che nella prossima riforma la ingiunzione sia del tutto parificata a una sentenza contumaciale.

(*) Mentre correggo le bozze, mi giunge il volume dell'avv. G. LUCARINI, *La ingiunzione italiana* (Torino, 1926), di cui non ho potuto tener conto nel testo. Questo lavoro, che si propone uno scopo prevalentemente pratico, muove da premesse teoriche che io, per le ragioni suddette, considero erronee: sopra tutto quella che considera il procedimento ingiunzionale come espressione di una speciale *azione di ingiunzione* (nn. 1-3).

NOTA BIBLIOGRAFICA

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE. — CALAMANDREI, *Rassegna critica di giurisprudenza in materia di dir. proc. civile*, in « Riv. dir. comm. », 1921, I, 211; CARNELUTTI, *Nota intorno alla natura del processo monitorio*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1924, I, 270; COGLIOLO T., *Il procedimento d'ingiunzione*, in « Mon. Trib. », 1923, 34; CRISTOFOLINI, *Recensione*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1924, I, 210; ID., *Sulla prefissione del termine nel decreto di ingiunzione*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1924, II, 136; DE SIMONE, *Il proc. per ingiunzione*, in « La Società per azioni », 1923, 90; DRECHSEL, *Über die Begriffe « Civilprocess » und « Rechtsstreit »*, in « Archiv für d. civ. Praxis », LXII, 419-424; ID., *Über den Begriff des ausserordentlichen Verfahrens*, in « Zeits. für. d. deuts. Zivilpr. », I, 208; GAGLIO, *Il proc. monitorio*, in « Il diritto commerciale », 1925, I, 14; GOLDENRING, *Das Mahnverfahren*, in « Zeits. für d. deuts. Zivilpr. », I, 452; KOHLER, *Prozessrechtliche Forschungen* (Berlin, 1889); KURTZ, *Das Mahnverfahren in seiner Neugestaltung und s. Anvendung in der Praxis* (Berlin, 1914); INDRI, *Il procedimento d'ingiunzione* (Roma, Athenaeum, 1922); LUCARINI, *Il procedimento per ingiunzione*, in « Foro Puglie », 1923, 1; ID., *La ingiunzione italiana* (Torino, Bocca, 1926); MORTARA, *La competenza civ. dei pretori e dei conciliatori - Il proc. per ingiunzione* (Torino, U.T.E.T., 1923), in Appendice alla terza edizione del « Manuale »; ID., *Il procedimento per ingiunzione* - Appendice seconda al vol. V della quarta edizione del « Commentario » (Vallardi, 1923), nn. 558-566; OTTO, *Zur Lehre von den besonderen Verfahrensarten*, nella Rivista di GRÜNHUT, XXX, 312; PARRELLA, *Il procedimento monitorio per i crediti dei professionisti legali*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1924, II, 42; POLLAK, *Über die Systematische Stellung des Mahnverfahrens*, in « Zeits. für d. deuts. Zivilp. », XIX, 126; SEGNI, *Note critiche in tema di legislazione di dir. processuale*, in « Studi sassaresi », 1922, 198; ID., *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, in « Studi sassaresi », 1924-25; SKEDL, *Das Mahnverfahren* (Leipzig, 1891); STEIN, *Der Urkunden- und Wechselprozess* (Leipzig, 1887).

N.B. — Nella presente Bibliografia è citata soltanto la letteratura monografica sul procedimento monitorio.

INDICE ALFABETICO-ANALITICO

(*Il numero romano indica il capitolo; il numero arabo le suddistinzioni dei paragrafi.*)

Astensione (del giudice), v. *Ricusazione*
Azione
- di condanna, I, 22; II, 5; IV, 5, 6
- di risarcimento, III, 12
- esecutiva, v. *Titolo esecutivo*
- sommaria, I, 14, 22; II, 2; IV, 5

BÜLOW: I, 19
CARNELUTTI: I, 15; IV, 1, 2, 3, 4
Certezza (del credito), II, 10
CHIOVENDA: I, 13, 18, 22; II, 1; III, 8, 12, 15, 16; IV, 5
Cognizione (processo di), I, 1, 2, 18, 19; III, 11; IV, 4
Competenza
- assoluta per valore, II, 26, 27, 28, 32
- relativa per valore, II, 34
- per materia, II, 29, 32
- per territorio, II, 30, 31, 35
- per i crediti dei prof. legali, II, 31 v. *Poteri del giudice*

Compromesso (eccezione di), II, 38
Condanna
- con riserva, I, 8; IV, 5
- in futuro, II, 5, 13

Contraddittorio
- principio del, I, 3; IV, 2, 3, 4
- iniziativa del, I, 3; IV, 2, 3

Contratti bilaterali, II, 14, 20
Cosa giudicata, III, 11; IV, 6; v. *Preclusione*
Costituzione in mora, II, 13
Crediti sottoposti a condizione, v. *Esigibilità*
Crediti sottoposti a termine, v. *Esigibilità*
Credito
- presupposto proc. speciale, II, 6
- natura del, II, 7, 8, 9, 10
- valore del, II, 15
- prova del, v. *Prova scritta*

Creditore, II, 6, 16
CRISTOFOLINI: V, 1, 2, 4, 5, 6
Cumulo, II, 28, 31
Debitore, II, 6
Decreto penale, I, 11, 13; II, 15
Difetti (del r. decr. 24 luglio 1922, n. 1036)
- di tecnica legislativa, III, 4, 5
- di rapidità e di semplicità, III, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

Eccezioni processuali, II, 26, 38
Equivalente in denaro, II, 11, 28, 33; v. *Poteri del giudice*
Exceptio non adimpleti contractus, II, 14, 20
Esecuzione forzata, v. *Titolo esecutivo*
Esigibilità (del credito), II, 10, 13, 14
Ficta confessio, I, 14, 19; III, 8; IV, 2
Fungibilità (della prestazione), II, 9
Giurisdizione
- contenziosa, I, 16
- volontaria, I, 15, 16; IV, 4

GOLDENRING: I, 16
HELLWIG: II, 22
Immobili (rilascio di), I, 11
INDRI: II, 1, 23; III, 4
Ingiunzione, v. *Ordine di pagamento*
Interesse ad agire, II, 22
Ipoteca giudiziale, II, 24
KOHLER: I, 21
Legitimatio ad causam, II, 21, 22
Liquidità (del credito), II, 10, 12
Litispendenza, II, 38
LUCCI: II, 24; III, 12
Mahnverfahren, v. *Procedimento monitorio puro*
Mandatsverfahren, v. *Procedimento monitorio documentale*
Merci, II, 8
MORTARA: I, 12; II, 1, 4, 17, 34; III, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 16
Notificazione (del decreto d'ingiunzione), II, 17; III, 5, 11, 12
Obbligazioni alternative, II, 12; v. *Liquidità*
Onorari (dei professionisti legali), III, 14; *v. Professionisti legali*
Opposizione
- contumaciale, III, 11

— fuori termine, III, 5, 9, 10, 11
— in termine, I, 12, 19; II, 2; III, 5, 9, 10
Ordine di pagamento, I, 17, 18, 19, 20, 21, 22; II, 2, 5; IV, 5
ORLANDO: I, 12, 18; II, 1
PARRELLA: IV, 2
PLÒSZ: I, 17
POLLAK: I, 16
Poteri del giudice
— in ordine alla competenza assoluta, II, 32
— in ordine alla riduzione dell'equivalente in denaro, II, 33
— in ordine alla competenza per valore « relativa », II, 34
— in ordine alla competenza per territorio, II, 35
Praeceptum executivum sine causae cognitione, I, 4, 19
Preclusione, I, 19, 22; II, 2; IV, 2, 5
Presupposti processuali generali, II, 2, 3, 21, 22
Presupposti processuali speciali, II, 2 segg.
Pretesa reale, II, 6
Principio dispositivo, I, 19
Privilegiati (crediti), I, 11, 13; II, 16, 23, 31
Procedimento monitorio
— origine, I, 4
— caratteri, I, 12, 22; IV, 2
— scopo ed utilità, I, 18, 20; II, 4; III, 1, 2
— natura giurisdizionale, I, 14, 15, 16, 17
— natura esecutiva, I, 17, 18
— processo di cognizione, I, 18, 19
— rapporti col proc. contumaciale, I, 20, 21, 22
— rapporti col proc. ordinario, II, 2, 5
— limiti, v. *Presupposti proc. speciali*
Procedimento monitorio documentale
— caratteri, I, 5
— legislazione germanica, I, 8
— legislazione austriaca, I, 9
— legislazione italiana, I, 12
— prova nel, II, 18, 19, 21; III, 8
— esatta denominazione, IV, 2, 3; v. *Procedimento mon. nella leg. italiana*
Procedimento monitorio nella legislazione italiana
— proc. mon. puro, I, 11
— proc. mon. doc., I, 12
— casi intermedi, I, 13
— r. decr. 24 luglio 1922, n. 1036, II; III; IV; v. *Difetti*
Procedimento monitorio puro
— caratteri, I, 5
— utilità, III, 8; v. *Procedimento monitorio*
— legislazione austriaca, I, 6
— legislazione germanica, I, 7
— legislazione italiana, I, 11
— altre legislazioni, III, 8
— prova nel, II, 18, 21
— esatta denominazione, IV, 2, 3
Processi senza lite, I, 15
Processo contumaciale, I, 20, 21, 22
Professionisti legali
— crediti, v. *Privilegiati*
— ostilità dei p. l. contro il proc. mon., III, 14, 15
— onorari, v. *Onorari*
Prova scritta
— scopo, II, 4
— presupposto proc. speciale, II, 18
— oggetto, II, 19, 20, 21, 22
— nei crediti dei prof. legali, II, 23
— concetto ed efficacia, II, 24
— natura, II, 25
— inopportunità della norma che la prescrive, III, 8
Rappresentanza processuale, I, 22; II, 37
Residenza (del debitore), II, 17
Responsabilità senza colpa, III, 12
Ricorso (forma del), II, 4, 37
Ricusazione (e astensione del giudice), II, 28, 36
Riforma (necessità e proposte di), III, 10, 15, 16; v. *Difetti*
ROCCO ART.: III, 12
SACERDOTI: III, 6
SCHMIDT: IV, 3
SEGNI: III, 8; IV, 1, 2, 4, 5, 6
Sentenza di condanna, v. *Azione di condanna, Condanna*
SKEDL: I, 17, 18; III, 11
Tacche di contrassegno, II, 24
Titolo esecutivo
— accertamento giurisdizionale, I, 2, 18, 19, 20, 22; II, 4, 10, 11, 12; III, 6, 8, 10; IV, 5
— accertamento non giurisdizionale, I, 2; II, 24
Udienza preliminare, II, 1, 2
Valore
— del credito, II, 15
— competenza per, v. *Competenza*
WACH: I, 16

II

INTRODUZIONE ALLO STUDIO SISTEMATICO DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

(*) [Volume pubblicato per i tipi della Cedam, Padova, 1936. Tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, con *Prólogo* di EDUARDO J. COUTURE, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945]. [*Bibliografia*, nn. 197, 299].

a

GIUSEPPE CHIOVENDA

AVVERTENZA

A pubblicar questo volume, che contiene la parte introduttiva di un corso sui provvedimenti cautelari tenuto nello scorso anno agli studenti del secondo biennio di questa Facoltà giuridica, sono stato indotto sopra tutto dalla mancanza nella nostra letteratura di trattazioni esaurienti sui principî generali della tutela cautelare.

Se, superata anche nella scienza la concezione secondo la quale iurisdictio in sola notione consistit, *i processualisti hanno in questi ultimi anni fruttuosamente allargato il loro campo di indagine alla teoria della esecuzione forzata, non può dirsi lo stesso per la materia cautelare, la cui sistemazione è ancora in gran parte da fare: non tanto per quel che attiene allo studio dei singoli istituti cautelari, sui quali, e in ispecie sul sequestro, esistono monografie anche pregevoli, quanto per quello che attiene alla elaborazione di una teoria generale di questi istituti, intorno alla quale, nel vuoto quasi assoluto di studî monografici che è durato quasi un trentennio (da un articolo del* DIANA, *che è del 1909, ad uno dell'*ALLORIO, *uscito mentre correggo le bozze di questo volume), orientamenti non possono esser cercati che nell'insegnamento, anche qui fondamentale, dei* Principii *e delle* Istituzioni *di* GIUSEPPE CHIOVENDA, *e in qualche spunto geniale delle* Lezioni *di* FRANCESCO CARNELUTTI.

Queste mie pagine hanno dunque principalmente lo scopo di richiamare l'attenzione degli studiosi, e in ispecie dei giovani, su una regione del diritto processuale che finora è rimasta nell'ombra, e che è fecondissima (come hanno dimostrato le esercitazioni su casi giurisprudenziali, dalle quali nella scuola è stato accompagnato lo svolgimento di questo corso) di problemi pratici insospettati, alla cui soluzione non può muovere sul serio chi non si senta solidamente piantato sul terreno della teoria.

Senza dissimulare, anzi dichiarando nella stessa intitolazione la sua origine didattica (la quale spiega la insistenza su concetti elementari, le frequenti esemplificazioni e la riduzione dell'apparato bibliografico al minimo indispensabile), questo libro avrà così pienamente raggiunto il suo scopo se riuscirà a suscitare in qualche lettore il desiderio di rivedere e approfondire gli argomenti qui sommariamente

enunciati, alla maniera di un elenco di temi di studio: per questo non poteva trovar posto migliore che nella Collezione *da me diretta, che è nata nella scuola e vive per essa a testimonianza di una fatica continuata in comune, nella quale, più che maestri e scolari, esistono collaboratori, il cui contributo individuale ad altro non aspira che ad essere un gradino posto affinché altri possa salire più su. Che questa mia speranza non andrà delusa, sarà dimostrato in questa stessa* Collezione *dal volume, già annunciato, sulla teoria dei provvedimenti cautelari, dovuto al vivace ingegno di* Alessandro Pekelis.

Firenze, R. Università, ottobre 1935

INDICE SISTEMATICO

Capitolo I - CRITERI PER LA DEFINIZIONE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

1. Provvedimento, azione, processo cautelare: possibili criterî per distinguere i provvedimenti cautelari dagli altri provvedimenti. — 2. Cognizione ed esecuzione: funzione dei p. cautelari di fronte a tale partizione. — 3. La *provvisorietà* come carattere distintivo dei p. c. — 4. In che senso si dicono provvisorî i p. sommarî. — 5. In che senso si dicono provvisorî i p. cautelari: — 6. *a*) provvisorietà e funzione preventiva; — 7. *b*) provvisorietà e urgenza; — 8. *c*) *periculum in mora*. — 9. La strumentalità come carattere tipico dei p. cautelari. — 10. Terminologia: *a*) p. *cautelari* e p. *principali*; — 11. *b*) p. c. *conservativi* e *innovativi*.

Capitolo II - CLASSIFICAZIONE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

12. *a*) P. istruttorî anticipati. — 13. *b*) P. volti ad assicurare la esecuzione forzata. — 14. *c*) Anticipazione di p. decisorî. — 15. In particolare, della esecuzione provvisoria. — 16. *d*) Le cauzioni processuali. — 17. Sulla possibilità di p. cautelari diversi da quelli espressamente previsti dalla legge (*potere cautelare generale*).

Capitolo III - CARATTERI DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

18. Due tipi di *periculum in mora*: pericolo di infruttuosità, e pericolo di tardività del p. principale. — 19. Previsione degli effetti del p. principale che sta a base del p. cautelare (strumentalità ipotetica). — 20. Cognizione cautelare suo oggetto: — 21. I) sull'apparenza del diritto; — 22. II) sul pericolo: *a*) in via ordinaria; — 23. *b*) prima in via sommaria e poi in via ordinaria; — 24. *c*) soltanto in via sommaria. — 25. Conseguenza della natura ipotetica dei p. c. sulla responsabilità di chi vi ricorre. — 26. I p. c. come p. di cognizione: varî tipi. — 27. I p. c. in relazione all'autorità della cosa giudicata: *a*) variabilità; — 28. *b*) estinzione a termine. — 29. Esecuzione cautelare.

Capitolo IV - DIFFERENZE FRA PROVVEDIMENTI CAUTELARI E ISTITUTI AFFINI

30. Azioni possessorie: si esclude il loro preteso carattere cautelare. — 31. La cosiddetta « provvisionale »: significati di questa espressione. — 32. Esame delle disposizioni contenute in argomento nel nostro diritto positivo: provvisionale in

tema di alimenti e di giudizio di risarcimento. — 33. La provv. nelle controversie del lavoro. — 34. Conclusioni. — 35. Differenza tra p. c. e p. esecutivi con funzione conservativa. — 36. Esame casistico. — 37. Carattere cautelare della sentenza dichiarativa di fallimento. — 38. Provvedimenti su diritti cautelari precostituiti. — 39. L'azione revocatoria. — 40. Trascrizioni a scopo cautelare. — 41. L'ipoteca giudiziale. — 42. La condanna « generica » ai danni.

CAPITOLO V - CONCLUSIONI

43. *a*) I p. c. nei loro rapporti colla cognizione e colla esecuzione. — 44. *b*) I p. c. nei loro rapporti coi p. sommarî. — 45. I p. c. come strumenti per il miglior funzionamento della giustizia. — 46. Difetti del sistema cautelare nel diritto positivo italiano.

CAPITOLO PRIMO

CRITERI PER LA DEFINIZIONE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

SOMMARIO: 1. Provvedimento, azione, processo cautelare: possibili criterî per distinguere i provvedimenti cautelari dagli altri provvedimenti. — 2. Cognizione ed esecuzione: posizione dei p. cautelari di fronte a tale partizione. — 3. La *provvisorietà* come carattere distintivo dei p. c. — 4. In che senso si dicono provvisorî i p. sommarî. — 5. In che senso si dicono provvisorî i p. cautelari: — 6. *a*) provvisorietà e funzione preventiva; — 7. *b*) provvisorietà e urgenza; — 8. *c*) *periculum in mora*. — 9. La *strumentalità* come carattere tipico dei p. cautelari. — 10. Terminologia: *a*) p. *cautelari* e p. *principali*; — 11. *b*) p. c. *conservativi* e *innovativi*.

1. — Mentre la nostra legge non contiene una disciplina generale di quei provvedimenti del giudice che, variamente qualificati in numerose disposizioni disseminate nei Codici, sono comprensivamente indicati negli artt. 389 Cod. proc. civ. e 39 r. decr. 31 agosto 1901, come « provvedimenti conservatorî o interinali », la dottrina ha cercato di studiarli in categoria sistematica o sotto il profilo dell'azione (*azione assicurativa* o *cautelare*) che mira alla emanazione di uno di questi provvedimenti (1), o sotto il profilo del processo (*processo cautelare*), attraverso il quale un di questi provvedimenti si costruisce (2), od anche sotto il profilo del provvedimento in sé stesso (*provvedimento cautelare*), che si distingue per suoi proprî caratteri da tutti gli altri provvedimenti giurisdizionali (3).

---

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Principii* (4ª ed.), § 9; *Istituzioni*, I (2ª ed.), § 11. Sotto questo stesso profilo si trova un'ampia trattazione sulle azioni assicurative (*Sicherungsansprüche*) in POLLAK, *System des österr. Zivilprozessr.*, 2ª ed., Wien, 1930, I, § 8; cfr. anche sulle *Arrestklagen*, STEIN-JONAS, *Z. P. O.*, 14ª ed., I, pag. 675.

(2) CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 80; *Carattere della sentenza di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, pag. 159 e segg.

(3) DIANA, *Le misure conservative interinali*, in *Studi senesi*, XXVI (1909), pag. 210 e segg. Del recentissimo scritto dell'ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare* (estr. dalla *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I), secondo il quale i

Preferisco, di questi tre punti di vista, il terzo: poiché mi sembra che ogni classificazione delle azioni, che si fondi sulla diversa natura del provvedimento giudiziale a cui l'azione tende (4), come ogni classificazione dei processi, che si fondi sugli scopi che le parti si propongono di raggiungere attraverso il provvedimento a cui il processo fa capo (5), si risolva in realtà in una classificazione dei varî tipi di provvedimento, dei quali i varî tipi di azione o di processo non sono che un accessorio ed una premessa.

Non vedo per parte mia la necessità di sostituire alla comune terminologia, che parla di *funzione giurisdizionale* come comprensiva della cognizione e della esecuzione forzata, la espressione di « *funzione processuale* »: poiché il processo, inteso come serie di atti preparatorî che conducono all'atto giurisdizionale, non ha in sé altra funzione che quella appunto di preparare quel provvedimento del giudice, attraverso il quale (e non attraverso gli atti del processo) si esplica la funzione giurisdizionale, con effetti diversi secondo la natura del provvedimento. Si può certamente fare una classificazione dei processi, considerati in sé stessi indipendentemente dagli effetti sostanziali prodotti dal provvedimento a cui tendono, quando si prenda a base un criterio strettamente *formale*, attinente alla figura esterna che possono assumere, per il modo di espressione e per l'ordine secondo il quale sono disposte in serie, le varie attività di cui il processo si compone (processo orale e processo scritto; processo ordinario e processo sommario, ecc.); ma quando si vuol basare la classificazione dei processi sui diversi effetti sostanziali che possono derivare dall'atto giurisdizionale (processo di accertamento, processo di condanna, processo cautelare ecc.), mi par che si cada inconsapevolmente in quel difetto logico, che un tempo i retori annoveravano tra le figure del discorso, che consiste nell'attribuire al contenente la qualità del contenuto. Oggetto centrale dello studio che segue sarà, dunque, non il « processo cautelare » ma il « provvedimento cautelare »: anche perché, come si vedrà, il processo che mette capo ad un provvedimento cautelare non ha una caratteristica e costante struttura esteriore, che permetta di considerarlo formalmente come un tipo a parte (vedremo, per es., che, secondo i casi, il processo che mette capo ad un provvedimento cautelare può esser ordinario o sommario).

---

provvedimenti cautelari non costituirebbero una categoria autonoma sotto l'aspetto *processuale*, ma soltanto sotto l'aspetto *sostanziale* (in quanto sarebbero l'accertamento o la esecuzione di un preesistente *diritto soggettivo sostanziale di cautela*), si dirà in seguito.

(4) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, n. 10, B.

(5) CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 69 e segg.

Per analoghe considerazioni, mi par che, come oggetto della nostra ricerca, la nozione di « provvedimento cautelare » debba esser preferita a quella di « azione cautelare »: non solo perché, se l'azione è concepita come il potere di provocare un atto giurisdizionale con determinati effetti, è il contenuto del provvedimento giurisdizionale che può servire a definire i varî tipi di azione, e non viceversa; ma anche perché, se si hanno casi (e uno tipico ne troveremo proprio nel corso di questo studio) nei quali esiste un provvedimento a cui non corrisponde un'azione (*giurisdizione senza azione*), questi non potrebbero trovare adeguata collocazione sistematica in una classificazione che si limitasse a inquadrare i varî tipi di provvedimenti giurisdizionali nella cornice dei varî tipi di azioni.

Si tratta dunque di stabilire quali siano i caratteri differenziali per i quali i provvedimenti cautelari si distinguono da tutti gli altri provvedimenti giurisdizionali: alla ricerca di tali caratteri è appunto dedicato il presente studio.

Giova subito avvertire che inutilmente cercherebbe un sicuro carattere differenziatore dei provvedimenti cautelari chi ponesse a base della sua indagine il criterio *soggettivo* o il criterio *formale*: non esiste un ufficio cautelare affidato ad appositi organi, che permetta di desumere la natura cautelare del provvedimento dalla natura del soggetto che lo emana; come non esiste una forma tipica che renda esteriormente distinguibili i provvedimenti cautelari dagli altri provvedimenti del giudice. La tutela cautelare è affidata nel nostro ordinamento agli stessi organi giudiziarî a cui è demandata la ordinaria tutela dichiarativa o esecutiva: né, per la forma, la sentenza che ordina un sequestro giudiziario si distingue dalle altre sentenze, o l'immissione in possesso, che si compie in esecuzione di esso, si distingue da quella che si attua nel procedimento esecutivo per rilascio di beni (6).

Parrebbe dunque che l'unico criterio, da cui possa attendersi una fruttuosa differenziazione, sia quello *sostanziale*: attinente, cioè, al *contenuto* del provvedimento, ossia ai suoi *effetti giuridici*. Ma anche di questo si rivela a prima vista la insufficienza; giacché se ci mettiamo ad analizzare gli effetti che i varî provvedimenti cautelari possono esercitare sul rapporto sostanziale a cui si riferiscono, è facile vedere che questi effetti non sono *qualitativamente* diversi da quelli proprî degli altri provvedimenti di cognizione o di esecuzione: effetti meramente dichiarativi o costitutivi secondo i casi, ma in ogni caso non diversi per *qualità* da quelli che possono derivare dagli ordinarî prov-

---

(6) Cfr. CARNELUTTI, *Esecuzione*, II, pag. 18.

vedimenti di cognizione; ovvero effetti esecutivi, di qualità assolutamente simile a quella dei provvedimenti attraverso i quali si compie la esecuzione forzata.

2. — Queste prime considerazioni bastano a farci intendere la origine della incertezza in cui si è sempre dibattuta la dottrina, dalla più antica alla recentissima, quando ha cercato di dare ai provvedimenti cautelari una collocazione nel sistema del processo civile: movendo dalla grande partizione che distingue nella funzione giurisdizionale la cognizione della esecuzione, i provvedimenti cautelari sono stati considerati per gran tempo, specialmente dalla dottrina tedesca, come un'appendice della esecuzione forzata (7); ed anche quando, per reagire contro questo asservimento, si è rilevato che in alcuni provvedimenti cautelari, o in una fase di essi, si riscontrano evidenti i caratteri della cognizione e non quelli della esecuzione forzata, questo rilievo, anziché alla conquista di un sicuro criterio per dare ad essi una collocazione sistematica autonoma, ha portato semplicemente ad annettere una parte della materia cautelare al processo di cognizione; sicché ogni tentativo di classificazione dei provvedimenti cautelari condotto su queste basi, si è risolto in sostanza, finché la loro sistemazione è stata cercata sullo stesso piano logico in cui la cognizione si contrappone alla esecuzione, in una loro spartizione e riassorbimento entro i due vasti territorî confinanti (8).

Per uscire da questo vicolo cieco, bisogna cominciare dall'intendere nel giusto senso l'insegnamento secondo il quale « l'attuazione della « legge nel processo può assumere tre forme: cognizione, conser- « vazione, esecuzione » (9). In questa tripartizione, che esattamente mette in luce la esistenza di una funzione cautelare (« conservazione ») come forma autonoma di tutela, non è detto però che il criterio in base al quale i provvedimenti cautelari si differenziano da tutti gli altri provvedimenti sia *omogeneo* con quello per il quale i provvedimenti di cognizione si differenziano da quelli di esecuzione; mentre al contrario i provvedimenti cautelari possono avere, secondo i casi,

---

(7) Cfr. citazioni in DIANA, scritto cit., pag. 221; specialmente questo criterio di sistemazione è visibile, a cominciare dal titolo, nello scritto del GÜTHE, *Voraussetzungen und Inhalt der antizipirten Zwangsvollstreckung* (in *Z. f. deuts. Civilpr.*, XXIV, pag. 346 e segg.), ed è seguito tuttora dalla dottrina tedesca anche più recente: cfr. OERTMANN, in HELLWIG, *System*, II, § 347; ROSENBERG, *Lehrbuch*, 3ª ed., § 217 e segg.

(8) Giustamente osserva il CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, pag. 339 (*Indice bibliografico*, su BLOMEYER) che « questa specie di svalutazione del « processo cautelare è quasi un luogo comune della dottrina tedesca ».

(9) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 30.

effetti dichiarativi o esecutivi (e rientrare per questo in uno degli altri due gruppi della tripartizione), o viceversa certi provvedimenti di cognizione o di esecuzione possono, quando si considerino sotto l'angolo visuale del loro scopo, esser compresi nel gruppo dei provvedimenti cautelari.

La verità, notata molti anni fa da ALFREDO ROCCO (10) e recentemente approfondita dal CARNELUTTI (11), è questa: che il criterio che serve a distinguere i provvedimenti di cognizione da quelli di esecuzione è diverso da quello che serve a distinguere i provvedimenti cautelari (di cognizione o di esecuzione) da tutti quegli altri provvedimenti (di cognizione o di esecuzione) che, data la difficoltà, che cercheremo di superare più innanzi, di trovare una qualifica positiva esattamente contrapponibile, si possono per ora designare negativamente colla espressione non impegnativa di « non cautelari ». Questi due criterî di classificazione, che sono situati per così dire su due diverse dimensioni, possono tra loro intersecarsi e combinarsi, ma non fondersi in una classificazione unica: il gruppo dei provvedimenti cautelari può distinguersi nei due sottogruppi dei *provvedimenti cautelari di cognizione* (per es. il decreto che concede il sequestro conservativo, o la sentenza che lo convalida) e dei *provvedimenti cautelari di esecuzione* (per es. la esecuzione del sequestro conservativo: art. 930 Cod. proc. civ.); come viceversa i due gruppi di provvedimenti dichiarativi ed esecutivi possono ciascuno distinguersi in due sottogruppi, secondoché abbiano o non abbiano scopo cautelare (*provvedimenti dichiarativi cautelari* e *non cautelari*; *provvedimenti esecutivi cautelari* e *non cautelari*) (12). Si può pertanto parlare di una *cognizione cautelare*, contrapposta a quella ordinaria; di un *titolo esecutivo cautelare* e di una *esecuzione cautelare* (13), distinta dalla ordinaria esecuzione forzata: e così via.

3. — Qual'è dunque il criterio, diverso da quello per cui i provvedimenti di cognizione si distinguono da quelli di esecuzione, che serve a differenziare i provvedimenti cautelari da tutti gli altri provvedimenti giurisdizionali?

L'opinione più diffusa, nella quale si incontrano i nostri processualisti più autorevoli, è quella che vede un carattere costante (14) o

---

(10) *Il fallimento* (Torino, 1917), pag. 78 in nota.

(11) Specialmente in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, pag. 159 e segg., già citato.

(12) Cfr. CARNELUTTI, scritto cit., pag. 165.

(13) CARNELUTTI, *Esecuzione*, I, pag. 246; II, pag. 17.

(14) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, § 11.

addirittura un carattere distintivo (15) dei provvedimenti cautelari nella loro *provvisorietà*, ossia nella *limitazione della durata* degli effetti (dichiarativi o esecutivi) proprî di questi provvedimenti. Essi differirebbero da tutti gli altri provvedimenti giurisdizionali non per la *qualità* dei loro effetti, ma per una certa *limitazione nel tempo* degli effetti medesimi: questo carattere affiora anche nel diritto positivo, quando, negli articoli sopra ricordati, si parla in genere di provvedimenti « interinali », o in altre disposizioni, di provvedimenti « temporanei » (artt. 572, 808, 839 Cod. proc. civ.; art. 871 Cod. comm.).

Giova intanto avvertire che il concetto di *provvisorietà* (e così quello, coincidente, di *interinalità*) è un po' diverso, e più ristretto, di quello di *temporaneità*. *Temporaneo* è, semplicemente, ciò che non dura sempre, ciò che, indipendentemente dal sopravvenire di altro evento, ha per sé stesso durata limitata: *provvisorio* è, invece, ciò che è destinato a durare fino a che non sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane *nel frattempo* (16). In questo senso, *provvisorio* equivale a *interinale*: ambedue le espressioni indicano ciò che è destinato a durare solamente in quel tempo *intermedio* che precede l'evento atteso.

Tenendo presenti queste distinzioni di terminologia, la qualifica di *provvisorî* data ai provvedimenti cautelari vuol in sostanza significare questo: che gli effetti giuridici dei medesimi non solo hanno durata *temporanea* (fenomeno che sotto un certo aspetto si può considerare comune a tutte le sentenze pronunciate, come si dice, colla clausola *rebus sic stantibus*, dalle quali possono nascere effetti dispositivi o negoziali destinati a durare fino a che permangono invariate certe circostanze di fatto proprie del rapporto sostanziale, o addirittura destinati a valere soltanto per un certo tempo, prestabilito dal giudice o dalla legge, come avviene tipicamente, per es., nel caso previsto dall'art. 16 della l. 3 aprile 1926 n. 563), ma hanno durata limitata a quel periodo di tempo che dovrà passare tra la emanazione del provvedimento cautelare e la emanazione *di un altro provvedimento giurisdizionale*, che, nella comune terminologia, viene indicato, in contrapposto alla qualifica di *cautelare* data al primo, colla qualifica di *definitivo*. La provvisorietà dei provvedimenti cautelari sarebbe dunque

---

(15) Il CARNELUTTI, nello scritto sopra cit., vede il carattere distintivo dei provvedimenti cautelari « nella composizione provvisoria, anziché definitiva, del- « la lite ».

(16) Nel vocabolario del RICUTINI, la differenza tra i due concetti è così indicata: *temporaneo* « che è a tempo, non perpetuo »; *provvisorio* « dicesi di « cosa fatta per modo di provvisione ed a tempo, *sinché possa farsene altra* « *stabile* e *durevole* ».

un aspetto ed una conseguenza di un rapporto che passa tra gli effetti del provvedimento antecedente (cautelare) e quelli del provvedimento susseguente (definitivo), l'inizio dei quali segnerebbe la cessazione degli effetti del primo.

Senonché neanche questa provvisorietà, intesa come espressione di questa relazione cronologica corrente tra due provvedimenti, sembra sufficiente a dare la differenza specifica dei provvedimenti cautelari: essa provvisorietà, infatti, non è un carattere esclusivo dei provvedimenti cautelari, in quanto lo stesso carattere *provvisorio* si riscontra in un altro gruppo di provvedimenti *non cautelari*, cioè in quel gruppo che il CHIOVENDA denomina nel suo sistema « accertamenti con pre- « valente funzione esecutiva », e che egli stesso definisce, in contrapposto alle misure cautelari, « misure *pur provvisorie* che al giudice è « consentito di emanare o in vista della particolare certezza del diritto « o della sua natura speciale » (17). Basta questa osservazione a far comprendere che, come non si possono considerare senz'altro cautelari tutti i provvedimenti provvisorî (dato che si ha tutto un gruppo di provvedimenti che sono *provvisorî senza esser cautelari*), così sarebbe inesatto qualificare come *definitivi* tutti i provvedimenti non cautelari (dato che si ha tutto un gruppo di provvedimenti *non cautelari, che non sono definitivi*). La riprova migliore si ha nello stesso diritto positivo, in cui si parla di « sentenza *provvisoria* di condanna » (art. 65 della l. cambiaria 14 dicembre 1933 n. 1669) e di « *provvisoria* esecuzione della sentenza » (art. 363 n. 1 Cod. proc. civ.) in casi che, secondo la dottrina unanime, non rientrano nel gruppo delle misure cautelari (18).

Dato, dunque, che il carattere di provvisorietà, legato, come si è visto, ad una certa relazione cronologica corrente fra due provvedimenti giurisdizionali, si riscontra apparentemente tanto nel gruppo dei provvedimenti cautelari quanto in quello dei cosiddetti « accer- « tamenti con prevalente funzione esecutiva », è necessario analizzare più profondamente la natura che in ciascun gruppo assume quella relazione: e quando saremo arrivati, attraverso tale analisi, a renderci conto che la nozione di *provvisorietà* è adoprata per i due gruppi in due sensi profondamente diversi, potremo più esattamente cogliere in che senso si possono considerare provvisorî i provvedimenti cautelari, ossia in che senso *la provvisorietà si può considerare come nota specifica distintiva di questo gruppo di provvedimenti.*

---

(17) *Principii*, pag. 225, nota 1; *Ist.*, I, pag. 249.

(18) Cfr., per la provvisoria esecuzione, CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 217.

4. — La provvisorietà dei cosiddetti « accertamenti con prevalente « funzione esecutiva » è un contrappeso ed un temperamento della *sommarietà* del procedimento di cognizione, attraverso il quale questi provvedimenti sono emanati, cioè un carattere strettamente connesso col *modo di formazione del provvedimento.*

In certi casi in cui la domanda si fonda su mezzi probatorî particolarmente attendibili, o in cui la semplicità o la tenuità economica del rapporto fanno ritenere come improbabile la esistenza a favor del convenuto di serie ragioni per contrastar la domanda, la legge permette che l'attore, per conseguire gli effetti del provvedimento giurisdizionale, percorra, invece del lungo e dispendioso cammino della cognizione ordinaria, la scorciatoia della cognizione sommaria, la quale arriva alla stessa meta (titolo esecutivo) con maggior celerità e semplicità, eliminando o limitando, o contenendo in un sol grado, il contraddittorio del convenuto. Questa apparente menomazione del diritto di difesa del convenuto, trova la sua giustificazione nella particolare attendibilità delle prove o nella natura speciale del rapporto controverso (19), in considerazione della quale si può ritenere che nella massima parte dei casi la cognizione ordinaria con pienezza di contraddittorio non avrebbe dato resultati diversi da quelli che, con rapidità ed economia, l'attore ha potuto raggiungere attraverso la cognizione sommaria; tuttavia, poiché questo calcolo di probabilità potrebbe in concreto riuscire sbagliato, gli effetti del provvedimento creato attraverso questo procedimento abbreviato nascono provvisorî, in quanto, pur essendo qualitativamente simili a quelli che l'attore avrebbe potuto conseguire attraverso il giudizio ordinario, sono soggetti a cessare in conformità dell'esito di una ulteriore fase processuale, nella quale, di solito su iniziativa del convenuto, il giudice può esser chiamato ad esaminare in contraddittorio, colla completezza di indagini che è propria della cognizione ordinaria, quello stesso rapporto che in un primo momento era stato oggetto di una indagine limitata o superficiale.

Qui dunque la provvisorietà del primo provvedimento (*sommario*) nasce dalla possibilità di un ulteriore provvedimento (*definitivo*), che può eventualmente sopravvenire ad annullare o a modificare gli effetti del primo. Ma, nella massima parte dei casi, questa possibilità non si verifica (o, in ogni modo, il legislatore calcola che non si verifichi): e, rimanendo inattiva la parte interessata a provocare la cognizione ordinaria, *il provvedimento provvisorio si consolida e diventa esso stesso definitivo.* Così, in questo gruppo di accertamenti sommarî, si specula in anticipo, come fu detto efficacemente dallo Schmidt per

---

(19) Cfr. Chiovenda, *Ist.*, I, pag. 249.

il procedimento monitorio (20), sulla mancanza o sulla infruttuosità della ulteriore fase riservata alla cognizione ordinaria: questa può esservi, ma è normale e fisiologico che non vi sia, o che non sposti i resultati della cognizione sommaria. Il provvedimento provvisorio, qui, non è emanato in attesa del provvedimento definitivo; ma, piuttosto, *in attesa della mancanza del medesimo.* L'attore, quando preferisce seguire la via più breve in luogo di quella più lunga ma più sicura, lo fa a proprio rischio: egli tenta di arrivare al provvedimento definitivo senza le lungaggini del procedimento ordinario; e se il tentativo gli riesce, la originaria provvisorietà del provvedimento sommario scompare appena cessa la possibilità di un ulteriore riesame del merito in sede ordinaria. Il provvedimento sommario è dunque *un provvedimento provvisorio che aspira a diventar definitivo*: esso sorge provvisorio, ma nella speranza di perdere a un certo punto questo suo carattere di provvisorietà, e di diventare così, come se fosse stato creato nel processo ordinario, il provvedimento che definisce irrevocabilmente il merito.

5. — La provvisorietà dei provvedimenti cautelari non è, invece, in alcun modo connessa col modo di formazione del provvedimento. Anche se la concessione di una misura cautelare è basata su cognizione ordinaria, non per questo gli effetti cautelari cessano di esser provvisorî, né aspirano a trasformarsi in effetti definitivi del merito. Il provvedimento cautelare ha effetti provvisorî non perché (o non necessariamente perché) la cognizione su cui si basa sia meno piena di quella ordinaria e debba quindi esser bilanciata da una minore stabilità di effetti, ma perché il rapporto che il provvedimento cautelare costituisce è *per sua natura* destinato ad esaurirsi, in quanto il suo scopo sarà ormai raggiunto, al momento in cui sarà emanato il provvedimento sul merito della controversia. Se la provvisorietà degli accertamenti sommarî attiene alla formazione del provvedimento, quella delle misure cautelari attiene all'oggetto, o, si potrebbe dire, allo scopo del provvedimento (21). Il provvedimento sommario è provvisorio nella formazione, ma definitivo nello scopo; quello cautelare, anche se formato attraverso una cognizione ordinaria, è provvisorio *nel fine.*

Per comprendere questa differenza bisogna risalire a quello che è l'interesse specifico che giustifica la emanazione di una qualsiasi misura cautelare: il quale sorge sempre dalla *esistenza di un pericolo di danno giuridico, derivante dal ritardo di un provvedimento giu-*

---

(20) *Lehrbuch*, § 93; cfr. il mio volume *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana* (Milano, 1926), pag. 29.

(21) Chiovenda, *Principii*, pag. 226, e *Ist.*, I, pag. 251: « l'azione assicurativa « è dunque *essa stessa un'azione provvisoria* ».

risdizionale definitivo (*periculum in mora*). Su questo concetto del *periculum in mora* è opportuno fermarci con qualche inesistenza, perché in esso è forse la chiave per raggiungere una definizione esauriente dei provvedimenti cautelari.

6. — *a*) E, prima di tutto, non si deve identificare il *periculum in mora*, che è condizione tipica e distintiva dei provvedimenti cautelari, con quel generico pericolo di danno giuridico, in vista del quale in certi casi la tutela giurisdizionale ordinaria può assumere carattere preventivo.

Non bisogna far confusione tra tutela *preventiva* e tutela *cautelare*: concetti distinti, se pure posti tra loro nel rapporto di genere a specie. In certi casi anche il nostro sistema processuale ammette che l'interesse sufficiente per invocare la tutela giurisdizionale possa sorgere, prima che il diritto sia stato effettivamente leso, per il solo fatto che la lesione si preannunci prossima e probabile: in questi casi la tutela giurisdizionale, anziché allo scopo di eliminare *a posteriori* il danno prodotto dalla lesione di un diritto, opera *a priori* allo scopo di evitare il danno che potrebbe derivare dalla lesione di un diritto, minacciata, ma non ancor realizzata. Si parla in questi casi, in contrapposto alla tutela successiva o *repressiva*, di tutela giurisdizionale *preventiva* (22), nella quale l'interesse ad agire sorge non dal danno, ma dal *pericolo di un danno giuridico*: il caso più noto di cosiffatti giudizi preventivi si ha nella figura della *condanna in futuro*, ammessa anche nel nostro diritto (23); ma l'esempio non è isolato (cfr. oltre, 24).

In questi casi di tutela preventiva non siamo però ancora nel campo della tutela cautelare; infatti, se si prescinde dal momento dell'interesse (che nasce qui dal pericolo, anziché dalla lesione del diritto), qui ci troviamo ancora di fronte a casi di tutela ordinaria, con effetti definitivi (24).

7. — *b*) Per avvicinarci a una chiara nozione del *periculum in mora*, bisogna fare un altro passo: non basta che l'interesse ad agire sorga da uno stato di pericolo e che il provvedimento invocato abbia perciò scopo preventivo di un danno soltanto temuto, ma occorre

---

(22) Cfr. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo* (Torino, 1926), pag. 207 e segg.

(23) CHIOVENDA, *Istit.*, I, n. 48.

(24) Tale è il caso della sentenza con cui si ordina la *separazione della dote*, quando la moglie sia « in pericolo di perderla » (art. 1418 Cod. civ.); questo non è un provvedimento cautelare (*contra*, ALLORIO, scritto cit., nota 1 a pagg. 16-17), ma un provvedimento definitivo *preventivo*; lo stesso vale per il provvedimento di separazione dei beni di cui all'art. 1442 Cod. civ.

altresì che, a causa dell'imminenza del pericolo, il provvedimento richiesto abbia carattere di *urgenza*, in quanto sia prevedibile che, ove esso tardasse, il danno temuto si trasformerebbe in danno effettivo, o si aggraverebbe il danno già verificato: sicché la efficacia preventiva del provvedimento sarebbe praticamente annullata o menomata. La espressione di « provvedimenti *d'urgenza* » si incontra varie volte nel nostro diritto (cfr. artt. 182, 275 Cod. proc. civ.; 153 Cod. comm., etc.), per indicare appunto quei casi in cui il provvedimento giurisdizionale, se vuol conseguire praticamente i suoi scopi, deve essere emanato *senza ritardo*. Occorre peraltro avvertire che neanche la nozione di provvedimento *preventivo d'urgenza* esaurisce esattamente quella di provvedimento *cautelare*: sia perché, come avremo occasione di vedere in seguito, vi possono essere procedimenti e provvedimenti d'urgenza che non hanno carattere cautelare (così i provvedimenti d'urgenza in materia possessoria: cfr. oltre, n. 30); sia perché alle esigenze dell'urgenza risponde molte volte, anziché la emanazione di un provvedimento provvisorio cautelare, una abbreviazione del processo ordinario di cognizione o di esecuzione ed una conseguente accelerazione del provvedimento definitivo (es. artt. 42, 185, 232, 578 Cod. proc. civ.; 883 Cod. comm.; ecc.).

8. — *c*) Anche la tutela ordinaria può avere scopo preventivo; anche il provvedimento definitivo (non cautelare), può, in certi casi, essere emanato in via di urgenza, in modo da far sì che la tutela ordinaria giunga senza ritardo. Ma, affinché sorga l'interesse specifico a chiedere una misura cautelare, occorre che a questi due elementi (*prevenzione* ed *urgenza*) se ne aggiunga un terzo, che è quello in cui propriamente risiede la portata caratteristica del *periculum in mora*: occorre, cioè, che per ovviare tempestivamente al pericolo di danno che minaccia il diritto, la tutela ordinaria si riveli troppo lenta, sicché, in attesa che si maturi attraverso il lungo processo ordinario il provvedimento definitivo, si debba provvedere in via d'urgenza ad impedire con misure provvisorie che il danno minacciato si produca o si aggravi *in quella attesa*.

Il *periculum in mora* che sta a base delle misure cautelari non è dunque il generico pericolo di danno giuridico, al quale si può in certi casi ovviare colla tutela ordinaria; ma è specificamente il pericolo di quell'ulteriore danno *marginale* (25), che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo. È la impossibilità pratica di accelerare la emanazione del provvedimento definitivo, che fa sorgere l'interesse alla

(25) L'espressione è di Enrico Finzi, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, pag. 50.

emanazione di una misura provvisoria; è la *mora* di questo provvedimento definitivo, considerata in sé stessa come possibile causa di *ulteriore* danno, che si provvede a rendere preventivamente innocua con una misura cautelare, *che anticipi provvisoriamente gli effetti del provvedimento definitivo*. Così, anche quando nel campo dei rapporti sostanziali la lesione del diritto è già avvenuta e il provvedimento definitivo non può avere ormai altro scopo che quello reintegrativo, il provvedimento cautelare ha in sé stesso scopo *preventivo* di fronte a quell'aggravamento del danno che, in aggiunta a quello prodotto dal torto, potrebbe derivare dall'inevitabile prolungarsi del processo ordinario.

Il *periculum in mora*, ad ovviare al quale provvedono le misure cautelari, non verrebbe preso in considerazione se fosse possibile accelerare adeguatamente, attraverso una abbreviazione del processo ordinario, il provvedimento definitivo. Se io, creditore non munito di titolo esecutivo, posto difronte al pericolo di perdere le garanzie del mio credito, trovassi nel processo ordinario il mezzo per crearmi da oggi a domani il titolo che mi manca e per provvedere immediatamente al pignoramento, non avrei evidentemente bisogno di ricorrere al sequestro conservativo. Viceversa debbo ricorrere a questa misura provvisoria cautelare perché, se volessi attendere la emanazione del provvedimento definitivo, la necessaria lentezza del processo ordinario farebbe sì che questo giungesse inefficace, quando già il danno, che con un immediato provvedimento preventivo avrebbe potuto essere evitato, si fosse prodotto in maniera irrimediabile.

La funzione dei provvedimenti cautelari nasce dunque dalla *relazione che passa tra due termini*: la necessità che il provvedimento, per esser praticamente efficace, sia emanato senza ritardo, e la inettitudine del processo ordinario a creare senza ritardo un provvedimento definitivo. È questo un di quei casi (la disciplina dei quali costituisce forse il più antico e più difficile problema pratico di ogni legislazione processuale) in cui la necessità di far presto si urta contro la necessità di far bene (26): affinché il provvedimento definitivo nasca colle maggiori garanzie di giustizia, esso dev'esser preceduto dal regolare e meditato svolgimento di tutta una serie di attività, al compimento delle quali è necessario un periodo, spesso non breve, di attesa; ma questa *mora* indispensabile al compimento dell'ordinario *iter* processuale, rischia di rendere praticamente inefficace il provvedimento definitivo, il quale par destinato, per amor di perfezione, a giunger troppo tardi, come la medicina lungamente elaborata per un ammalato già morto.

---

(26) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 80, pagg. 85-86.

I provvedimenti cautelari rappresentano una conciliazione tra le due esigenze, spesso contrastanti, della giustizia, quella della celerità e quella della ponderatezza: tra il far presto ma male, e il far bene ma tardi, i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario. Essi permettono in tal modo al processo ordinario di funzionare con calma, in quanto preventivamente assicurano i mezzi atti a far sì che il provvedimento definitivo possa avere, quando sarà emanato, la stessa efficacia e lo stesso rendimento *pratico* che esso avrebbe se fosse emanato immediatamente.

In un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo potesse sempre essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari.

È evidente, sotto questo aspetto, l'affinità dei provvedimenti cautelari con quelle disposizioni, magistralmente studiate dal CHIOVENDA (27), le quali mirano a far sì che la sentenza attui la legge *come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale*: essi mirano infatti a far sì che l'attuazione della legge, contenuta nel provvedimento definitivo, possa operare sullo stesso stato di fatto su cui opererebbe al momento della domanda giudiziale. Il principio è sempre lo stesso: « la necessità di servirsi del processo per ottener ragione non deve « tornar a danno di chi ha ragione » (28).

9. — Queste considerazioni permettono di cogliere quella che, secondo me, è la nota veramente tipica dei provvedimenti cautelari: i quali non sono mai fine a sé stessi, ma sono immancabilmente *preordinati* alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica. Essi nascono, per così dire, *al servizio di un provvedimento definitivo* (29), coll'ufficio di predisporre il terreno e di approntare i mezzi meglio atti alla sua riuscita. Questo rapporto di *strumentalità* o, come altri ha detto (30), di *sussidiarietà*, che lega immancabilmente ogni provvedimento cautelare al provvedimento definitivo in previsione del quale esso è emanato, è il carattere che più nettamente distingue il provvedimento cautelare dal cosiddetto accertamento con prevalente funzione esecutiva: questo

(27) *Ist.*, I, n. 34.
(28) *Ist.*, I, pag. 147.
(29) Cfr. POLLAK, *System*, vol. III, pag. 1039.
(30) DIANA, scritto cit., pag. 213.

nasce, come si è visto, nella speranza che un successivo provvedimento non sopraggiunga ad impedirgli di diventare definitivo; quello nasce in previsione, ed anzi *in attesa*, di un successivo provvedimento definitivo, in difetto del quale non solo non aspira a trasformarsi in definitivo, ma è addirittura destinato a venir meno per mancanza di scopo.

C'è dunque nei provvedimenti cautelari, più che lo scopo di attuare il diritto, lo scopo immediato di assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo che servirà a sua volta ad attuare il diritto. La tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela *mediata*: più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia. Se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso essi si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata, ossia elevata, per così dire, al quadrato: essi sono infatti, immancabilmente, un mezzo predisposto per la miglior riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è un mezzo per l'attuazione del diritto; sono cioè, in relazione alla finalità ultima della funzione giurisdizionale, *strumenti dello strumento*.

10. — Dopo aver così isolato la sostanza del provvedimento cautelare come *anticipazione provvisoria di certi effetti del provvedimento definitivo, volta a prevenire il danno che potrebbe derivare dal ritardo del medesimo*, non sembrerà inutile indugiare su qualche precisazione della terminologia corrente in materia cautelare, le cui inesattezze sono probabilmente indizio di insufficiente ponderazione su alcuni concetti fondamentali dell'argomento.

a) E prima di tutto mi pare opportuno eliminare l'equivoco, a cui potrebbe prestarsi il linguaggio comunemente seguito dalla dottrina (al quale, nelle pagine che precedono, ho dovuto anch'io, per non complicare la impostazione del problema, in parte uniformarmi) quando, per distinguere i provvedimenti cautelari da quelli non cautelari, contrappone i primi, considerati come *provvisorî*, ai provvedimenti *definitivi*.

In verità queste due espressioni sono inadeguate a scolpir chiaramente il carattere per cui le misure cautelari si distinguono da tutti gli altri provvedimenti giurisdizionali. È noto che la qualifica di *definitive*, con cui la nostra legge indica un certo tipo di sentenze (per es. artt. 386, 456, 460, 492 Cod. proc. civ.) ha riferimento non al contenuto del provvedimento giurisdizionale, ma ad un elemento del tutto esterno e formale, che concerne il momento cronologico in cui la sentenza appare inserita in quella serie di atti che costituisce il processo: sentenza *definitiva* è quella che sta alla fine del processo (o ad un grado di esso), e che chiude il rapporto processuale (ond'essa si chiama anche

finale); mentre si chiama in contrapposto *interlocutoria* quella sentenza che vien pronunciata nel corso di un processo, che dopo di essa continua (31). È noto altresì che questa terminologia della legge è stata arricchita dalla pratica con ulteriori suddistinzioni desunte dall'oggetto del provvedimento, secondoché le sentenze, definitive o interlocutorie, si pronuncino sul rapporto sostanziale controverso (sentenze, definitive o interlocutorie, *sul merito*) ovvero sul solo rapporto processuale.

È chiaro che la qualifica di « definitivo », adoprata nel senso suddetto come attribuito del provvedimento giurisdizionale, non è una espressione contrapponibile con proprietà terminologica a quella di « cautelare ». Se certe volte un provvedimento cautelare può apparire inserito nel corso del processo sul rapporto sostanziale (onde in questo caso la misura cautelare ha, in questo processo, il carattere di un provvedimento *incidentale*), altre volte il provvedimento cautelare è emanato attraverso un apposito processo speciale, separato e indipendente dalla controversia principale, nei confronti del quale esso provvedimento cautelare ha carattere di *definitivo*. Né la contrapposizione dei provvedimenti cautelari a quelli definitivi sarebbe esatta, quando quest'ultima espressione si volesse riservare, con un senso più ristretto di quello adoperato dalla legge, ai soli provvedimenti definitivi *di merito* (in questo senso l'art. 698 Cod. civ. par che voglia contrapporre le « opportune cautele », date in sede di denuncia di nuova opera, alla « *definitiva decisione sul merito* »): in verità anche i provvedimenti cautelari, quando la domanda non è dichiarata inammissibile per ragioni attinenti al rapporto processuale, decidono *il merito* (cioè la *fondatezza dell'azione cautelare*), come i provvedimenti, che in contrapposto ai cautelari si sogliono denominare definitivi, *decidono il merito dell'azione concernente il rapporto sostanziale controverso.*

Si deve pertanto ritenere che quando la dottrina contrappone i provvedimenti cautelari ai provvedimenti definitivi (o addirittura il *processo cautelare* al *processo definitivo* (32), intenda il concetto di *definitività* in un senso un po' diverso da quello sopra illustrato, cioè come nozione contrapposta a quella di *provvisorietà*, che sarebbe (come sopra si è visto) qualità caratteristica dei provvedimenti cautelari: difronte ai provvedimenti cautelari concepiti come *provvisorî*, i provvedimenti definitivi sarebbero dotati di quella *stabilità* o *immutabilità*, che mancherebbe sempre ai provvedimenti cautelari. Senonché, anche in questo senso la contrapposizione si presta ad equivoci: sia perché il grado di stabilità o di mutabilità di un provvedimento pronunciato in materia cautelare può essere perfettamente identico, per ciò che

(31) Cfr. CHIOVENDA, *Ist.*, I, n. 302; ROCCO ALFR., *La sentenza civile*, pag. 164.
(32) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, II, pag. 109 e segg.

attiene allo esperimento ed alla preclusione delle impugnative, a quello raggiungibile da qualsiasi altra sentenza in materia non cautelare (la sentenza di convalida del sequestro non è *più impugnabile* di quanto sia ogni altra sentenza di merito); sia perché, come già si è detto, il provvedimento cautelare non si può considerare provvisorio nello stesso senso in cui è provvisorio il provvedimento sommario, il quale, a causa del suo modo di formazione, nasce *meno stabile* e *meno immutabile* dei provvedimenti di cognizione ordinaria. Il provvedimento cautelare, fino a che non sopraggiunga quel provvedimento sul rapporto sostanziale di cui esso anticipa gli effetti, è stabile e immutabile, *come accertamento delle condizioni della misura cautelare*, (in quanto, si capisce, non abbia i caratteri di un accertamento sommario, nel qual caso la instabilità gli deriva dalla sommarietà, non dalla cautelarità), al pari di ogni altra sentenza in questo senso definitiva: e se gli effetti della misura cautelare sono destinati a venir meno colla emanazione del provvedimento successivo, ciò non deriva, come già si è detto, da mutabilità o instabilità dell'accertamento, ma dalla speciale funzione, temporanea perché strumentale, del rapporto costituito dalla misura cautelare, che in sé, *come accertamento delle condizioni necessarie per la costituzione di tale rapporto*, è stabile al pari di ogni altro accertamento cosiddetto « definitivo ».

Per tutte queste considerazioni ritengo sia opportuno adoprare nel seguito di questo studio una terminologia che non si presti agli equivoci a cui può dar luogo quella oggi invalsa. Poiché, secondo me, il carattere costante e distintivo delle misure cautelari sta in quel rapporto di strumentalità che ciascuna di esse ha con un provvedimento successivo di cui anticipa gli effetti, mi pare che al binomio usuale di provvedimenti *cautelari* e *definitivi* si possa con maggior chiarezza sostituire quello di p. *cautelari* e *principali*. La espressione, la quale mette in evidenza la posizione di subordinazione e di accessorietà in cui i provvedimenti cautelari si trovano per effetto della loro strumentalità, è già nella legge (per es. l'art. 926 Cod. proc. civ. chiama « causa principale », in contrapposto alla causa di sequestro conservativo, quella in cui si deciderà sul credito che il sequestro interinalmente assicura); e mi pare per questo preferibile ad altre denominazioni che si potrebbero escogitare per meglio esprimere la natura di quel rapporto caratteristico che lega ogni misura cautelare, in funzione di *coppia necessaria*, ad un altro provvedimento (alla contrapposizione tra provvedimenti *cautelari* e *principali*, si potrebbe sostituire, per es., quello tra p. *cautelanti* e *cautelati*; ovvero quella, accennata dal CARNELUTTI (33), tra *cautelari* e *satisfattivi*).

(33) Nel citato scritto in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, pag. 171.

11. — *b*) Giacché siamo in tema di terminologia, è opportuno rilevare che impropriamente alcuno (34) adopra la espressione di provvedimenti *conservativi* come equivalente a quella di provvedimenti cautelari.

La qualifica di « cautelari » (o *assicurativi*, che è sinonimo) è la meglio appropriata a indicare questi provvedimenti, perché a tutti è comune lo scopo di costituire una cautela o assicurazione preventiva contro un pericolo che minaccia. Ma *non tutti i provvedimenti cautelari sono conservativi*: potendo in certi casi la cautela che con essi si costituisce consistere non nella conservazione, ma nella modificazione dello stato di fatto esistente. Anche sotto questo aspetto la funzione, conservativa o modificativa, della misura cautelare, si orienta sul provvedimento principale, e ad esso si coordina. Tutte le volte in cui ci si trova difronte a uno stato di fatto che, se il provvedimento principale potesse essere eseguito immediatamente, sarebbe tale da rendere praticamente fruttuosa la sua efficacia pratica, il provvedimento cautelare mira a *conservare quello stato di fatto*, in attesa ed allo scopo che su di esso possa il provvedimento principale esercitare i suoi effetti (per es. il sequestro conservativo, che rende indisponibili per la futura esecuzione forzata i mobili oggi esistenti presso il debitore); ma altre volte, quando si attende che il futuro provvedimento principale costituisca nuovi rapporti giuridici ovvero ordini misure innovative del mondo esterno, il provvedimento cautelare, per eliminare il danno che potrebbe derivare dal ritardo col quale il provvedimento principale potrà giungere a costituire tali effetti, deve tendere non già a conservare lo stato di fatto esistente, ma ad operare, in via provvisoria e anticipata, quegli effetti costitutivi e innovativi, che potrebbero diventare, se differiti, inefficaci o inattuabili (si pensi, per es., all'abbattimento di un albero pericolante ordinato dal giudice in seguito a denunzia di danno temuto, art. 699 Cod. civ.; o al provvedimento d'urgenza con cui nel processo di separazione personale il presidente costituisce provvisoriamente, a carico di uno dei coniugi, l'obbligo di corrispondere gli alimenti all'altro: art. 808 Cod. proc. civ.).

In base a tali considerazioni si possono distinguere i provvedimenti cautelari in *conservativi* e *innovativi* (35).

---

(34) Cfr. per es. il citato scritto del DIANA che tratta delle misure « *conservative interinali* ». Di « provvedimenti *conservativi* » parla l'art. 246 del t. u. della legge comunale e provinciale 3 marzo 1934 n. 382, e l'art. 41 del r. decr. 12 ottobre 1933 n. 1399 contenente norme sulla gestione economico finanziaria delle ass. sindacali.

(35) Anche i provvedimenti *conservativi* possono avere sotto un certo aspetto efficacia innovativa, in quanto possono costituire una provvisoria *inhibitio exercitii iuris*: cfr. *Cod. iur. can.*, can. 1672 e segg.

CAPITOLO SECONDO

CLASSIFICAZIONE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

SOMMARIO: 12. *a*) P. istruttorî anticipati. — 13. *b*) P. volti ad assicurare la esecuzione forzata. — 14. *c*) Anticipazione di p. decisorî. — 15. In particolare, della esecuzione provvisoria. — 16. *d*) Le *cauzioni* processuali. — 17. Sulla possibilità di p. cautelari diversi da quelli espressamente previsti dalla legge (*potere cautelare generale*).

12. — Il rapporto di strumentalità che lega il provvedimento cautelare al provvedimento principale può assumere diverse forme, che, a mio avviso, possono ridursi a quattro tipi: la schematica rassegna di esse può servire a darci un criterio per la classificazione sistematica di questi provvedimenti (1).

a) Il primo gruppo è costituito da tutti quei *provvedimenti istruttorî anticipati*, coi quali, in vista di un possibile futuro processo di cognizione, si mira a fissare e ad accantonare certe resultanze probatorie, positive o negative, che potranno essere poi utilizzate in quel processo al momento opportuno. Normalmente siffatti provvedimenti istruttorî vengono presi nel corso del processo ordinario, e fanno parte di esso; ma quando, prima che il processo si inizî, c'è motivo di temere che, se il provvedimento istruttorio tardasse, i suoi resultati potrebbero diventare meno efficaci, allora questo può essere immediatamente provocato attraverso un procedimento autonomo, che mira a prevenire il *periculum in mora* inerente al procedimento ordinario eventuale.

Si suole parlare in questi casi di *conservazione* o *assicurazione*

---

(1) Per una classificazione sistematica dei provvedimenti cautelari, cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 80; CAMMEO, *La esecuzione d'ufficio* (in *Giur. it.*, 1929), n. 7. Per il dir. austriaco, il POLLAK, *System*, cit., § 8, distingue tre tipi: l'assicurazione dei fatti (*Tatsachensicherung*, ovvero *Sicherung von Beweisen*) e l'assicurazione del diritto (*Anspruchssicherung*), che si distingue in misure provvisorie (*einstweilige Verfügungen*) e in esecuzione assicurativa (*Exekution zur Sicherstellung*).

della prova (2), tenendo presenti quei casi in cui il provvedimento cautelare mira ad acquisire preventivamente dati probatorî *positivi*, che, coll'andar del tempo, diventerebbe impossibile, o più difficile, raccogliere. Esempio tipico di questi casi è nel nostro diritto (che, a differenza delle legislazioni a tipo tedesco, non ha in proposito regole generali) (3) l'esame testimoniale a futura memoria (art. 251 Cod. proc. civ.) il quale, come dice lo stesso articolo, « non ha altro effetto che di *conservare la prova* »; ma alla stessa finalità mirano altri istituti che trovano la loro disciplina fuori del Codice di procedura civile, come la perizia preventiva dell'art. 71 Cod. comm. (cfr. art. 658 stesso Codice), la « descrizione » dell'art. 68 della l. 7 novembre 1925 sui diritti d'autore e degli art. 113 e segg. del r. decr. sulle privative industriali 13 settembre 1934 n. 1602; ed anche il sequestro degli oggetti costituenti violazione dei diritti di privativa, disciplinato dall'art. 113 di quest'ultima legge (quando esso abbia soltanto lo scopo di assicurare per il giudizio di cognizione la prova della violazione).

Accanto a questi procedimenti, il cui scopo cautelare è unanimemente ammesso dalla dottrina, sembra che possano esser fatti rientrare in questo gruppo, quantunque ciò non sia comunemente insegnato, anche la domanda per verificazione delle scritture in via principale (art. 282 e segg. Cod. proc. civ.) e la querela di falso in via principale (art. 296 e segg. stesso Cod.). La funzione di questi due procedimenti è infatti essenzialmente preventiva, in quanto con essi si mira a rendere indiscutibile, in vista di un futuro possibile giudizio, il valore probatorio di un documento, accertandone, *prima che giunga il momento di farlo valere come prova nel processo sul merito*, la verità o la falsità. Anche qui, come si è detto per gli altri provvedimenti istruttorî cautelari, l'interessato a proporre la domanda di verificazione o la querela di falso, potrebbe attendere il processo ordinario per farle valere, in via incidentale, nel corso di esso; ma, se le propone in via preventiva, lo fa per potersi presentare nel processo di cognizione in una condizione di vantaggio probatorio già acquisito, e per evitare così il danno che risentirebbe se il processo sul merito potesse esser complicato e rallentato dalla questione incidentale concernente l'attendibilità del documento.

---

(2) CHIOVENDA, *Ist.*, II, n. 338; CARNELUTTI, *Lezioni*, II, pag. 100; CONIGLIO, *Sequestro*, n. 28. Per la legislazione tedesca e austriaca, in cui *la assicurazione della prova* (*Sicherung des des Beweises*: §§ 485-494 *CPO* germ.; *S. von Beweisen*, §§ 384-389 *CPO* austr.) è regolata come istituto generale, cfr. GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., pag. 139; POLLAK, *System*, I, § 8 *a*).

(3) Cfr. però il progetto REDENTI, artt. 680-686.

È agevole rilevare che quello scopo di *conservare la prova*, di cui si parla in generale per tutti i provvedimenti di questo gruppo, non si riscontra certamente nella querela di falso, la quale ha funzione probatoria innovativa (*negativa*), in quanto mira a distruggere, anziché a conservare, l'efficacia probatoria del documento falso: nuova conferma dell'osservazione già fatta (pag. 183, n. 11), che lo scopo conservativo non è un carattere costante delle misure cautelari.

Il carattere puramente strumentale dei provvedimenti istruttorî anticipati, di cui finora si è discorso, non ha bisogno di lungo commento: essi, coll'acquisire preventivamente un dato probatorio, positivo o negativo, che potrà essere utilizzato come premessa logica di un futuro provvedimento di cognizione, servono alla miglior riuscita pratica di questo, in quanto la esatta e completa conoscenza dei fatti della causa è uno dei coefficienti che servono a ben giudicare. Per questo, tali provvedimenti non sono mai fine a sé stessi: dato che il loro unico scopo è quello di fissare in anticipo e di tenere in riserva per l'avvenire, come materiali grezzi destinati ad una costruzione ancora in progetto, elementi destinati alla formazione di un provvedimento di cognizione, futuro ed eventuale, la loro utilità pratica si manifesta soltanto quando sorga la controversia che renda necessaria tale cognizione: in mancanza di che, questi provvedimenti cautelari resteranno inutilizzati, come tutte le precauzioni prese in vista di un pericolo a cui poi non segue l'evento temuto.

Si deve notare peraltro che per quei due procedimenti probatorî anticipati che sono la querela di falso e la verificazione di scritture in via principale, la funzione cautelare ha caratteri suoi proprî, meno decisi e specifici di quelli che appaiono nelle altre misure cautelari: l'estremo del *periculum in mora* è qui attenuato fino a confondersi coll'interesse, che è condizione di tutte le azioni; e la strumentalità, anziché esser singolarmente preordinata alla miglior riuscita di un provvedimento principale *determinato*, è rivolta a tutti quei possibili procedimenti di cognizione in cui, in avvenire, il risultato del giudizio sul falso o sulla verificazione delle scritture potrà essere utilizzato a scopo probatorio (*strumentalità generica*).

13. — *b*) Come nel primo gruppo abbiamo compreso i provvedimenti cautelari volti a fissare le prove che agevoleranno la formazione di un futuro provvedimento di cognizione, si possono classificare in un secondo gruppo quei provvedimenti che servono ad agevolare la fruttuosità pratica di una futura esecuzione forzata, impedendo la dispersione dei beni che potranno essere oggetto della medesima. Il carattere strumentale di questi provvedimenti, espressamente rilevato in altre legislazioni in cui si parla per essi di *assicurazione della futura*

esecuzione forzata (4), risulta anche nel nostro diritto in modo tanto più evidente in quanto i varî tipi di misure cautelari compresi in questo gruppo corrispondono con preciso parallelismo ad altrettanti tipi di procedimento esecutivo, di cui il provvedimento cautelare costituisce per così dire il preannuncio e l'avanguardia (5).

Così, nella esecuzione forzata dei crediti in danaro, al procedimento di espropriazione sui beni mobili corrisponde il *sequestro conservativo* (art. 924 Cod. proc. civ.), che, ove il giudizio definitivo sul credito riesca favorevole al sequestrante, può sboccare senza soluzione di continuità nella esecuzione mobiliare, mentre è giustamente lamentata la mancanza nel nostro diritto di una analoga misura cautelare sugli immobili, che sia posta al servizio della espropriazione immobiliare (6); così alla esecuzione forzata per consegna o rilascio di cose, mobili o immobili, certe e determinate, è preordinato il *sequestro giudiziario* (art. 1875, n. 1 Cod. civ., e art. 921 Cod. proc. civ.; per il sequestro previsto dal n. 2 dello stesso art. 1875, cfr. oltre, nota 1 a pag. 41), e anche qui il parallelismo tra misura cautelare ed esecuzione forzata è così stretto, che sui limiti di ammissibilità del sequestro giudiziario sorgono gli stessi dubbî che dividono gli interpreti in tema di ammissibilità della esecuzione per consegna o rilascio (specialmente nel caso in cui si tratti di tutelare pretese di natura *personale* dirette a una cosa certa e determinata: cosidd. *iura ad rem*) (7). D'altra parte la stessa mancanza, che si rileva nel nostro processo, di mezzi di esecuzione forzata delle obbligazioni di fare e di non fare, si ripercuote sul sistema dei mezzi cautelari, nel quale non esiste, come esiste in altre legislazioni (8), un procedimento per assicurare, con misure stabilite caso per caso dal giudice secondo criterî di convenienza, la esecuzione forzata di pretese dirette alla soddisfazione di obbligazioni siffatte. A tale scopo possono da noi servire in certi casi, come si vedrà, le denunzie di nuova opera e di danno temuto (9); ed anche come misura cautelare volta ad assicurare la esecuzione forzata di un ob-

---

(4) *Sicherung künftiger Zwangsvollstreckung*: (*CPO* germ., §§ 916 e segg.), cfr. GOLDSCHMIDT, *Zivilproz.*, § 111.

(5) Su questo parallelismo tra certi provvedimenti cautelari e certi provvedimenti esecutivi (satisfattorî) cfr. ALLORIO, scritto cit., n. 6.

(6) DRAGO, *Il sequestro giudiziario dell'art. 921 Cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, II, 93.

(7) Cfr. sull'ammissibilità del sequestro giudiziario, CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 254; sulla ammissibilità della esecuzione per consegna o rilascio, CARNELUTTI, *Esecuzione*, I, pag. 23.

(8) *Einstweilige Verfügung* del processo germanico (*CPO*, § 938), cfr. GOLDSCHMIDT, *Zivilproz.*, § 115.

(9) CAMMEO, *L'esecuzione d'ufficio*, cit., n. 7 *d*.

bligazione di non fare (quella che il CARNELUTTI chiama esecuzione per *soppressione*) (10) si può forse considerare in certi casi il sequestro previsto dall'art. 113 r. decr. 13 settembre 1934 n. 1602 e dall'art. 68 della l. 7 novembre 1925 n. 1950, quando esso sia preordinato alla distruzione, o all'attribuzione in proprietà al possessore della privativa, degli oggetti costituenti violazione del diritto di privativa industriale o del diritto d'autore, in contravvenzione ad un obbligo di non fare (art. 1221 Cod. civ.).

Al gruppo di provvedimenti cautelari compresi sotto questa *lett. b*) appartengono anche i casi speciali di sequestro conservativo previsti dall'art. 1958 n. 3 Cod. civ. (sequestro a favore del locatore) e degli art. 879 e segg. Cod. comm. (sequestro della nave); i casi speciali di sequestro giudiziario previsto dall'art. 914 Cod. civ. (in materia ereditaria), dagli artt. 71 e 413 Cod. comm. (sequestro della cosa venduta), dall'art. 8 del r. decr. l. 25 marzo 1927, n. 436 (sequestro di autoveicolo: cfr. però, n. 36, *b*) (11), e dall'art. 16 della l. 7 luglio 1866, n. 3036 (possesso dei beni di enti ecclesiastici soppressi); i provvedimenti « per la sicurezza degli interessati » in caso di eredità accettata con benefizio di inventario (art. 975 Cod. civ.) (12). Rientrano altresì in questo gruppo l'apposizione dei sigilli e l'inventario, di cui agli art. 847 e segg. Cod. proc. civ. (che ha di solito una funzione cautelare analoga a quella del sequestro giudiziario; ma che in certi casi potrebbe servire anche come mezzo per *assicurare la prova*, impedendo la dispersione di documenti adoprabili in giudizio a scopo probatorio); i provvedimenti per la separazione e conservazione dei beni *mobili* del defunto (artt. 900-901 Cod. proc. civ.); e come in seguito si spiegherà, anche la sentenza dichiarativa di fallimento e quella di retrodatazione (n. 37).

In quanto alla esecuzione provvisoria, essa rientra in questo gruppo, come meglio si vedrà tra poco (n. 15), in quei soli casi in cui mira non a soddisfare anticipatamente il creditore, ma a conservare, mentre pende il giudizio di appello, gli oggetti della futura esecuzione forzata.

Non mi pare invece che si possano includere in questo gruppo, come in nessun altro gruppo di provvedimenti cautelari, quei provvedimenti che pur avendo il nome di sequestro, hanno però funzione schiettamente esecutiva (cfr. oltre, nn. 35-36).

Natura ibrida ha quel « sequestro temporaneo delle rendite para- « fernali della moglie », che per l'art. 133 Cod. civ. può essere ordinato dall'autorità giudiziaria « a profitto del marito e della prole »; il

---

(10) *Esecuzione*, II, 15.

(11) CRISTOFOLINI, *Processo d'ingiunzione*, pag. 65.

(12) Tutti casi enumerati da CHIOVENDA, *Ist.*, I, n. 84 cit.

quale, se in certi casi ha carattere mediatamente esecutivo (come mezzo di esecuzione indiretta attraverso la coazione psicologica) (13), in altri casi può funzionare come provvedimento anticipato sul diritto agli alimenti, da classificarsi nel gruppo seguente.

14. — *c*) Rientrano in questo terzo gruppo quei provvedimenti con cui si decide interinalmente, in attesa che attraverso il processo ordinario si perfezioni la decisione definitiva, un rapporto controverso, dalla indecisione del quale, se questa perdurasse fino alla emanazione del provvedimento definitivo, potrebbero derivare a una delle parti irreparabili danni.

Casi tipici di questa categoria sono le denunzie di nuova opera e di danno temuto (artt. 698 e 699 Cod. civ.; 938 e segg. Cod. proc. civ.), attraverso le quali, in attesa che l'autorità competente emani nel processo principale la « decisione definitiva sul merito », si ottiene intanto, « secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al « pericolo »; i « provvedimenti temporanei » che, nel processo di separazione tra coniugi, possono esser dati dal giudicante quando « li « ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole » (art. 808 cpv. ultimo Cod. proc. civ.); i provvedimenti che l'autorità giudiziaria può dare « in caso di urgente necessità » in materia di alimenti (art. 145 Cod. civ., in relazione al n. 8 dell'art. 363 Cod. proc. civ.); i provvedimenti « d'urgenza » o « temporanei » degli artt. 275, 327, 572, 839 Cod. proc., 153, 871 Cod. comm.

Il rapporto di strumentalità che, nei casi ora elencati, vincola il provvedimento provvisorio a quello principale, è profondamente diverso da quello esaminato nei due gruppi precedenti (cfr. più ampiamente, oltre, n. 18): mentre in questi il provvedimento cautelare non regola il merito del rapporto sostanziale controverso, ma solo appronta mezzi per agevolare la formazione o la esecuzione forzata della futura decisione di merito, qui, in questo terzo gruppo, il provvedimento cautelare consiste proprio in una decisione anticipata e provvisoria del merito, destinata a durare fino a che a questo regolamento provvisorio del rapporto controverso non si sovrapporrà il regolamento stabilmente conseguibile attraverso il più lento processo ordinario. La vicinanza concettuale di questo gruppo di provvedimenti cautelari ai cosiddetti « accertamenti con prevalente funzione esecutiva », di cui sopra si è discorso, appare evidente: e qui, come in tutte le zone di confine, sono più difficili e più sottili le distinzioni, tantoché non manca chi senz'altro fa rientrare fra gli accertamenti con prevalente

(13) CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 252, vede in questo sequestro una « funzione coercitiva ».

funzione esecutiva gran parte dei provvedimenti che io comprendo, considerandoli cautelari, in questo terzo gruppo (14). Senonché mi

---

(14) CRISTOFOLINI, *Il processo d'ingiunzione* (Padova, 1931), pagg. 10-11, ritiene che il criterio di distinzione fra accertamenti con prevalente funzione esecutiva e provvedimenti provvisorî e cautelari si debba cercare « nell'effetto pratico « della misura, a secondo cioè che essa tenda alla realizzazione piena del diritto « accertato *come se* l'accertamento fosse definitivo, o che si limiti ad assicurarne « la possibilità di realizzazione *pel caso che* l'accertamento definitivo (o provvisorio) « abbia a sorgere in seguito »: e questo criterio lo porta a includere in ogni caso tra gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva la provvisoria esecuzione, le « provvisionali » etc.: cfr. BETTI, *Dir. proc. civ.*, pag. 760. Anche l'ALLORIO, scritto cit., pagg. 12-13, ritiene che gran parte dei provvedimenti cautelari compresi sotto questo gruppo *c*) e così la clausola di provvisoria esecuzione di cui nel testo, n. 14, non abbiano natura cautelare, in quanto essi, costituendo una anticipazione della esecuzione ordinaria, sarebbero niente altro che provvedimenti *esecutivi*. A questa conclusione l'A. deve necessariamente pervenire partendo dalle premesse (che io non condivido) da lui poste: secondo lui, poiché il diritto soggettivo sostanziale non sarebbe altro che il potere di provocare una sanzione, accanto ad ogni diritto soggettivo *principale* (cioè diritto alla sanzione principale definitivamente esecutiva) dovrebbe costantemente sussistere, come accessorio necessario, un diritto soggettivo *di cautela* (cioè il diritto soggettivo sostanziale alla sanzione cautelare). La differenza tra questi due diritti, (che, dice l'A., « nulla « vieta, beninteso, di considerare... come *facoltà* ricomprese in un diritto più « ampio ») sarebbe sopra tutto una differenza di sanzioni: mentre la sanzione che corrisponde al diritto principale sarebbe la esecuzione definitiva, quella che corrisponde al diritto cautelare sarebbe, sotto il profilo del suo effetto pratico, una sanzione più tenue. Partendo da questo principio della « *maggior tenuità* della « sanzione cautelare rispetto alla sanzione principale », l'A. considera provvedimenti cautelari soltanto quelli il cui effetto pratico appare meno grave e per così dire meno penetrante di quello dei provvedimenti esecutivi; e quando si imbatte in provvedimenti (come sarebbe la clausola di provvisoria esecuzione, ivi, pag. 24, o i provvedimenti dati dal presidente del tribunale ex art. 808 Cod. proc. civ., ivi, pag. 25) i cui effetti non sono praticamente più tenui di quelli della esecuzione forzata, ma consistono piuttosto in una anticipazione *provvisoria* degli effetti di questa (e qui si potrebbe domandargli se anche la provvisorietà non sia una forma di *attenuazione* pratica), allora egli è costretto, per esser coerente, a escluder questi provvedimenti dal novero delle misure cautelari e a considerarli come espressione di un altro fenomeno che sarebbe quello della *esecuzione anticipata della sanzione principale*, distinto da quello *della esecuzione della sanzione cautelare*, e avente come presupposto un pericolo nel ritardo *più grave* di quello che sta a base dei provvedimenti cautelari (sulla differenza tra questi due tipi di *periculum in mora*, cfr. oltre, nel testo, n. 18). Senonché, lasciando da parte la difficoltà pratica, talvolta insormontabile di fare caso per caso questa specie di misurazione comparativa della « tenuità » pratica delle sanzioni (della quale difficoltà sono una prova gli sforzi dialettici che l'A. fa nell'ultima parte del suo studio per trovare ad ogni diritto principale il suo « doppio » attenuato), ci si può domandare *che cosa è, se non un provvedimento cautelare*, la esecuzione anticipata e provvisoria della sanzione principale concessa in vista del pericolo nel ritardo. Rispondere che essa è esecuzione della sanzione principale (satisfattiva) e non esecuzione della sanzione cautelare (attenuata), non vuol dire ancora risolvere il

pare che anche qui il carattere distintivo fondamentale sussista, in quanto anche in questo terzo gruppo il provvedimento cautelare non può aspirare a diventare esso stesso definitivo, ma è in ogni caso preordinato alla emanazione di un provvedimento principale, al sopraggiungere del quale gli effetti provvisorî della misura cautelare son destinati a cadere senz'altro, perché, quand'anche la decisione principale sostanzialmente riproduca e faccia sue le disposizioni del provvedimento cautelare, essa funziona sempre come decisione *ex novo* del rapporto controverso, e non come convalida del provvedimento cautelare. La funzione strumentale si esplica dunque, in questo gruppo, nel dare alla controversia, in attesa del provvedimento definitivo, una soluzione provvisoria che presumibilmente più si avvicini a quella che sarà la decisione definitiva, in modo che questa, operando *re adhuc* integra e senza soluzione di continuità, possa avere sul rapporto sostanziale la stessa efficacia pratica che avrebbe avuto se fosse stata emanata senza ritardo: il provvedimento cautelare opera qui, se ci è permesso il paragone, come le truppe di copertura destinate a tener le posizioni fino a che non giunga il grosso dell'esercito, per risparmiare a questo le maggiori perdite che gli costerebbe la riconquista delle posizioni perdute (15).

---

problema; poiché il punto da risolvere è proprio questo: come possa la sola considerazione del pericolo nel ritardo portare alla esecuzione della sanzione principale *prima che sia accertato il diritto a tale sanzione*, e per qual meccanismo processuale la esecuzione forzata satisfattiva, che di regola presuppone il titolo esecutivo, possa eccezionalmente concedersi prima che il titolo sia nato. Se questa non è tutela cautelare, io non so, a parte le denominazioni che contano poco, che cosa essa possa mai essere: e mi viene in mente (non se ne abbia a male il valoroso ALLORIO, il quale sa la grande stima che ho di lui, della quale è la miglior prova questo riferimento delle sue opinioni, che sarebbe stato anche più esteso se il suo scritto mi fosse giunto prima) la risposta data da quell'esaminando che, interrogato sulla questione omerica, e messo alfine alle strette col domandargli se, insomma, Omero era o non era l'autore dell'*Iliade* e dell'*Odissea*, rispose: « Omero, no; ma un suo conterraneo, che visse in quegli anni e che portava il « suo stesso nome ».

(15) Mi pare dunque che si possa far rientrare in questo gruppo anche il sequestro giudiziario « delle cose che un debitore offre per la sua liberazione » (art. 1875, n. 2 Cod. civ.), il quale è certamente un provvedimento cautelare (che mira a conservare provvisoriamente le cose sequestrate in attesa del provvedimento *principale* sulla validità dell'offerta, art. 1264 Cod. civ., e a cautelare l'offerente contro il pericolo che gli deriverebbe dal rimaner la cosa, durante la lite principale, a suo rischio e pericolo), ma non si può, come il sequestro contemplato dal n. 1 dello stesso art. 1875, considerare come preordinato ad assicurare la esecuzione forzata (gruppo *b*), in quanto l'offerente non mira qui alla esecuzione forzata sulle cose sequestrate, ma solo ad anticipare ed ad assicurare attraverso il sequestro quegli effetti liberatorî (art. 1259 Cod. civ.) che saranno definitivamente accertati dalla decisione principale sulla validità dell'offerta.

In questo gruppo di provvedimenti dovrebbero esser comprese, *se avessero natura cautelare*, le azioni possessorie e la cosiddetta « provvisionale »; ma mi riservo di spiegare più avanti (nn. 30-34) le ragioni per le quali ritengo fortemente discutibile la esistenza di scopo cautelare in questi istituti.

15. — Deve essere considerato a parte (perché solo in certi casi ha natura cautelare; e, quando l'ha, può assumere figure diversamente classificabili) l'istituto della « provvisoria esecuzione ».

Si deve avvertire innanzi tutto che non sempre la provvisoria esecuzione deriva da un provvedimento del giudice: si hanno infatti casi in cui la legge, in considerazione della particolare natura di certi rapporti sostanziali, stabilisce che tutte le sentenze pronunciate per decidere intorno ai medesimi siano provvisoriamente esecutive nonostante gravame, per ragioni di materia e *indipendentemente* da qualsiasi indagine del giudice sulla opportunità di concedere tale esecutorietà (es. artt. 699 e 913 Cod. comm.; 328 Cod. civ.; ecc.). Qui, se la *ratio legis*, per cui è disposta per intere categorie di sentenze la esecuzione provvisoria, può rinvenirsi nella considerazione del *periculum in mora* presumibilmente sempre inerente a certe controversie, si potrà vedere in questa esecutorietà operante *ipso iure* un *effetto cautelare* della sentenza, considerata come fatto giuridico in senso stretto, con ragionamento analogo a quello che si farà per la ipoteca giudiziale (oltre, n. 41); ma non si potrà parlare, qui, di provvedimento cautelare, semplicemente perché, nascendo la sentenza provvisoriamente eseguibile *ex lege*, manca qui il provvedimento cautelare, *separato da quello principale*, che è necessario soltanto quando la esecutorietà è costituita *ope iudicis*.

Quando invece la esecuzione provvisoria non è inerente per legge alla sentenza, ma deve esser consentita dal giudice volta per volta con apposita pronuncia (la cosiddetta *clausola* di provvisoria esecutorietà), allora ci troviamo di fronte a un vero e proprio *provvedimento* giurisdizionale (16), il quale ha carattere cautelare solo in quei casi in cui sia concesso per ovviare ad un *periculum in mora*, dimostrato o presunto; mentre rientra nella categoria degli « accertamenti con « prevalente funzione esecutiva » (provvedimenti *sommarî*) tutte le volte in cui esso sia emanato in vista della particolare attendibilità delle prove, la quale faccia ritenere, secondo un calcolo di probabilità,

---

(16) Chiovenda, *Ist.*, II, pag. 507: « La pronuncia dell'esecuzione provvisoria « è un provvedimento per sé stante, che deve esser motivato colla indicazione « del caso di legge che si intende applicare e poscia espressamente enunciato nel « dispositivo (*clausola provvisionale*) ».

che le ulteriori fasi del processo non modificheranno le conclusioni a cui è giunto il giudice di primo grado (art. 363, n. 1 Cod. proc. civ.) (17).

Nei casi in cui la clausola di provvisoria esecuzione è predisposta ad ovviare ad un *periculum in mora*, la sua funzione cautelare può configurarsi in due diversi modi.

Talora il danno, che essa mira a prevenire, è quello che deriverebbe dal ritardo nella soddisfazione del diritto, in vista di che, funzionando essa come mezzo per accelerare, attraverso la immediata esecuzione forzata, tale sodisfazione (es. più evidenti artt. 363, nn. 3, 4, 8 Cod. proc. civ.; 328 Cod. civ., ecc.), rientra tipicamente tra i provvedimenti cautelari del gruppo *c*); talaltra il danno che essa mira a prevenire è quello che deriverebbe dalla dispersione, possibile mentre pende il giudizio di appello, dei beni del debitore, e in tal caso, funzionando essa come un mezzo per assicurare (*non per accelerare*) la esecuzione forzata futura, dev'esser fatta rientrare fra i provvedimenti del gruppo *b*) (esempio tipico, art. 18 del r. decr. 21 maggio 1934 sulle controversie individuali del lavoro: cfr. oltre, n. 33).

Si noti che la esecuzione provvisoria che in materia commerciale il giudice *può* concedere per l'art. 409 Cod. proc. civ., rientra tra i provvedimenti sommarî (non cautelari) o tra i provvedimenti cautelari, secondo il motivo che il giudice tiene presente nel concederla (se tien conto della speciale certezza delle prove, il provvedimento non ha carattere cautelare; mentre l'ha se la concessione è basata sulla considerazione del pericolo nel ritardo, specialmente sensibile nei rapporti commerciali).

16. — *d*) Meritano di esser trattati a sé come quarto gruppo quei provvedimenti, la cui denominazione rivela tipicamente lo scopo cautelare, che consistono nella imposizione da parte del giudice di

---

(17) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 202 e segg., 232 e segg.; *Ist.*, I, pagg. 217 e 249. Si deve rilevare che la clausola di provvisoria esecuzione, mentre appartiene ai provvedimenti cautelari o agli accertamenti con prevalente funzione esecutiva secondo il motivo per cui è concessa, non ha nei due casi caratteri processuali ben distinguibili, in quanto (a differenza di quanto avviene per gli altri accertamenti con prevalente funzione esecutiva: cfr. testo n. 4) non aspira mai a trasformarsi in provvedimento definitivo del merito, in quanto, se l'appello manca ciò che passa in giudicato è l'accertamento del diritto, e non la clausola di provvisoria esecuzione; e se l'appello è rigettato, il titolo esecutivo è costituito dalla sentenza d'appello che ha deciso il merito e non dalla sentenza di primo grado munita di provvisoria esecutorietà (cfr. CHIOVENDA, *Ist.*, II, pagg. 85-86 in relaz. anche all'art. 243 reg. gen. giud., e pagg. 504-505). La clausola di provvisoria esecuzione si comporta dunque, in ogni caso, se si guarda alla natura della sua provvisorietà (testo nn. 4-5), come se fosse sempre un provvedimento cautelare.

una *cauzione*, la prestazione della quale è ordinata all'interessato come condizione per ottenere un ulteriore provvedimento giudiziale.

In numerosi casi il potere che ha il giudice di emanare un provvedimento provvisorio avente natura di accertamento con prevalente funzione esecutiva (artt. 102, 363, n. 1 Cod. proc. civ.; 324 Cod. comm.), ovvero natura cautelare (art. 363 nn. 2-9, 928, 940 Cod. proc. civ.), o in genere, avente carattere di urgenza (art. 182 Cod. proc. civ.), è accompagnato dal potere di condizionarne la eseguibilità alla prestazione di una malleveria ovvero al deposito, posto a carico di colui al quale il provvedimento provvisorio giova, di una certa somma di danaro o di titoli (artt. 329-331 Cod. proc. civ.). Tali cauzioni, che per distinguerle da quelle contrattuali e legali, si denominano *giudiziali* (18), funziona come assicurazione preventiva dell'eventuale diritto al risarcimento dei danni, che potrà sorgere, se nel giudizio definitivo la misura provvisoria verrà revocata, a favore di colui contro il quale questa è stata eseguita (« garanzia del risarcimento dei danni, « per il caso in cui il sequestro fosse dichiaro ingiusto », dice l'art. 928 Cod. proc. civ.) (19): si tratta dunque, in sostanza, di una misura cautelare volta ad assicurare la esecuzione forzata di un credito in danaro (diritto al risarcimento dei danni), la quale, quando la cauzione è data mediante deposito di valori, equivale al sequestro conservativo dei medesimi a garanzia di un credito eventuale. Senonché, mentre sotto questo punto di vista le cauzioni potrebbero essere fatte rientrare nel secondo gruppo, mette conto di classificarle a parte per la loro specialissima caratteristica di esser destinate a funzionare come cautele contro il pericolo derivante dalla esecuzione di un provvedimento giudiziale, il quale a sua volta può essere (come si è visto sopra nell'enumerare gli articoli) un provvedimento cautelare volto a prevenire il pericolo derivante dal ritardo del provvedimento principale. Qui la cauzione funziona dunque da cautela della cautela, o, come è stato detto autorevolmente (20) da *controcautela*: mentre il provvedimento cautelare serve a prevenire i danni che potrebbero nascere dal ritardo del provvedimento principale, e a tale scopo, in vista dell'urgenza, sacrifica le esigenze della giustizia a quelle della celerità, la cauzione, che si accompagna al provvedimento cautelare, serve ad assicurare il risarcimento dei danni che potranno esser causati alla controparte dalla eccessiva celerità del provvedimento cautelare, e in questo modo ristabilisce l'equilibrio tra quelle discordanti esigenze.

---

(18) Cfr. per ultimo la *voce Cauzione*, in *Enc. italiana*.

(19) Cfr. anche art. 15 cpv., l. 7 novembre 1925 sui diritti d'autore.

(20) Chiovenda, *Ist.*, I, pag. 251.

Anche qui esiste un rapporto di strumentalità tra il provvedimento che ordina la cauzione e il provvedimento provvisorio a cui esso si accompagna: anzi il rapporto di strumentalità esiste anche, mediatamente e, per così dire, in secondo grado, coll'ulteriore provvedimento principale. Nei confronti del provvedimento provvisorio a cui si accompagna, la cauzione ha carattere strumentale *negativo*, in quanto gli impedisce di nuocere, ossia, per dir meglio, appresta in anticipo i mezzi, quasi si direbbe il contravveleno, per rimediare efficacemente al nocumento che possa derivare dalla sua ingiustizia; nei confronti del provvedimento principale, a cui è riservato il decidere se il provvedimento provvisorio sia ingiusto, la cauzione ha carattere strumentale *positivo*, in quanto preventivamente assicura la pratica realizzazione di quel diritto al risarcimento dei danni che troverà il suo titolo nel provvedimento principale, quando questo abbia revocato come ingiusto quello provvisorio.

Così, in questo congegno di tre provvedimenti coordinati, nel quale la cauzione funziona come strumento cautelare, che a sua volta è strumento per prevenire i danni derivabili dal ritardo del provvedimento principale, si presentano, a ristabilire l'uguaglianza tra le parti, due misure cautelari volte in direzione diversa: se il sequestro conservativo è a favore del sedicente creditore, la cauzione che l'accompagna è a favore del preteso debitore suo avversario.

17. — Abbiamo così classificato i provvedimenti cautelari in quattro categorie, desunte da quattro configurazioni tipiche che può assumere la loro strumentalità: si può peraltro domandare, prima di procedere nell'indagine, se in quegli istituti che abbiamo tenuti presenti nella nostra enumerazione (ed in quegli altri che eventualmente siano *espressamente previsti* da altre disposizioni del nostro diritto positivo), debbano considerarsi esauriti i mezzi della tutela cautelare, o se viceversa si debba riconoscere anche nel nostro diritto un *potere cautelare generale* affidato al giudice all'infuori dei singoli istituti sopra enumerati, e in virtù del quale il giudice possa sempre, ovunque si manifesti la possibilità di un danno derivante dal ritardo di un provvedimento principale, provvedere in via preventiva ad eliminare il pericolo in quelle forme e con quei mezzi che ritenga opportuni ed appropriati al caso.

Il problema può presentare notevole interesse pratico (ne vedremo un'applicazione più avanti, a proposito della « provvisionale »: cfr. n. 31) tutte le volte in cui, pur sussistendo un *periculum in mora*, manchi però nel diritto positivo un mezzo cautelare espressamente preordinato alle misure pratiche che in concreto si dimostrerebbero meglio idonee ad eliminarlo.

Un caso singolarissimo, che si è presentato in Francia qualche anno fa, può dimostrare, meglio di qualsiasi ragionamento astratto, la importanza pratica del problema. Il proprietario di un ritrovo notturno di Parigi aveva dato incarico a un pittore di decorare la sala da ballo con affreschi, che rappresentassero danze di satiri e ninfe: e il pittore, per accrescer l'interesse della decorazione murale, aveva pensato di poter dare ai personaggi, che in queste coreografie figuravano in vesti superlativamente primitive, le sembianze, facilmente riconoscibili, di letterati ed artisti molto noti nei ritrovi mondani. La sera della inaugurazione una attrice, che faceva parte della folla degli invitati, ebbe la sorpresa di riconoscersi in una ninfa che danzava in vesti estremamente succinte: e poiché ella ritenne che questa raffigurazione fosse offensiva per il suo decoro, iniziò contro il proprietario del locale un giudizio civile, per farlo condannare alla cancellazione della figura oltraggiosa ed al risarcimento dei danni; e frattanto chiese che, nelle more del giudizio, gli fosse ordinato di coprire provvisoriamente quel pezzo di affresco, che riproduceva la sua immagine in posa impudica. Non son riuscito a sapere se i giudici francesi abbian trovato sulla loro legge la via per ordinare tale misura cautelare; ma se un caso analogo si fosse presentato ai giudici italiani, quale sarebbe stato, tra i procedimenti cautelari disciplinati dal nostro diritto, quello idoneo a dar provvisoria soddisfazione alla pudibonda richiedente? Non la denuncia di nuova opera, perché, nel caso sopra riferito, l'opera era terminata, e perché, in ogni modo, il danno che poteva derivare da quell'opera si riferiva a un diritto personalissimo della richiedente, qual'è il diritto sulla propria immagine, e non già, secondo la lettera dell'art. 698 Cod. civ. « ad un immobile, ad un diritto reale, o ad altro « oggetto da lei posseduto »; né avrebbe potuto soccorrerle la denuncia di danno temuto, perché anch'essa presuppone un pericolo sovrastante « ad un fondo od oggetto » posseduto dal richiedente, nella quale espressione, se non si vuol ricorrere ad una analogia abbastanza remota, non può davvero intendersi compreso il pericolo sovrastante al proprio decoro personale. Probabilmente in un caso come questo lo scopo cautelare avrebbe potuto esser raggiunto soltanto attraverso il sequestro in via penale (art. 337 e segg. Cod. proc. pen. in relazione agli art. 594 e segg. Cod. pen.); ma è certo che la soluzione del caso sarebbe in via civile molto più facile, se si riconoscesse al giudice civile il potere generale di ordinare misure cautelari anche se non espressamente previste dalla legge.

Il Chiovenda risolve affermativamente il problema, e insegna che, come esiste in altre legislazioni una disciplina generale delle misure cautelari (*enstweilige Verfügung* della *CPO* germ., §§ 935-945), così anche nella nostra legge deve ritenersi implicitamente esistente « la

« figura generale del provvedimento provvisorio cautelare; è rimesso « completamente al giudice di stabilirne l'opportunità e la natura » (21). Ma, pur riconoscendo i grandi vantaggi pratici che presenterebbe la soluzione insegnata dal nostro Maestro, non mi sembra che essa sia sostenibile nel nostro diritto positivo. Se vi è nella nostra legge processuale qualche articolo che parla in genere di « provvedimenti conser- « vatorî o interinali » (art. 389 Cod. proc. civ., art. 39 r. decr. 31 agosto 1901) o di provvedimenti « d'urgenza » (art. 182 Cod. proc. civ.) senza ulteriore specificazione, basta la lettura dei medesimi a far intendere che essi si limitano a stabilire *in quali forme* deve o può essere fatta valere l'azione cautelare, quando ne esistono le condizioni (specificate da altri articoli: per es. artt. 921 e 924 Cod. proc. civ.), ma non mirano ad aggiungere, alle azioni cautelari nominate dalla nostra legge, un'azione cautelare generica e innominata (22) di cui nessun articolo determina le condizioni.

D'altra parte, anche prescindendo da queste considerazioni strettamente esegetiche, mi pare che gli stessi principî generali del diritto processuale portino alla soluzione negativa. Se alla base di ogni ordinamento processuale sta quel principio (di cui così fruttuosamente si è valso lo stesso CHIOVENDA per dimostrare l'ammissibilità nel nostro diritto, anche in mancanza di una norma espressa, dell'azione di mero accertamento come figura generale (23), secondo il quale, purché esista l'interesse ad agire, « con ciò stesso è autorizzata ogni domanda « giudiziale che tenda ad evitare il danno che si verificherebbe se « la legge non fosse attuata, a meno che la legge contenga *limitazioni* « *espresse* », non mi sembra peraltro che l'interesse ad agire possa bastare per autorizzare domande volte ad ottenere un provvedimento giudiziale che la legge non prevede espressamente quando la emanazione di questo provvedimento debba avvenire in forme speciali diverse da quelle del processo ordinario, o attraverso una istruttoria meno esauriente, o addirittura, come avviene in tutti i provvedimenti cautelari, non in base ad un regolare accertamento, ma solo nella *supposizione* della esistenza di un diritto. Se in certi casi di pericolo espressamente considerato alla legge, può essere consentito che la sfera giuridica di colui, contro il quale è chiesta una misura cautelare, sia invasa, e menomata la sua libertà, prima che sia certa l'esistenza

---

(21) *Ist.*, I, pag. 256; cfr. anche ALLORIO, scritto cit., n. 7 in fine, il quale parte dalla premessa che ogni diritto soggettivo sostanziale deve avere accanto a sé, come accessorio necessario ed implicito, un diritto sostanziale di cautela; e, per diversi motivi, POLLAK, *System*, III, § 208, pagg. 1039-1040.

(22) Cfr. CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 43.

(23) Cfr. *Ist.*, I, pagg. 42-43, e specialmente il n. 62, pagg. 201-202.

del diritto vantato dal richiedente, questa invasione e questa menomazione non possono di regola avvenire che attraverso una regolare cognizione completa e definitiva. Per questo tutti i provvedimenti cautelari si debbono, a mio avviso, considerare, *iure condito*, eccezionali; per questo le norme che li disciplinano sono comunemente ritenute *strictae interpetrationis* (24). Come non potrebbe il giudice, basandosi soltanto sul requisito dell'interesse, pronunciare una condanna con riserva fuori dei casi in cui questa figura eccezionale è prevista dalla legge (25), o adottare il procedimento ingiunzionale a tutela di crediti non aventi i requisiti previsti dalla legge per l'ammissibilità di questa forma eccezionale di cognizione, così mi sembra che non possa bastar l'interesse per rendere ammissibili figure di misure cautelari ignote al nostro diritto, o per adoprare quelle esistenti in casi che il nostro diritto non prevede.

Ammettere la esistenza di un'azione assicurativa generale, basata unicamente sul pericolo e sull'interesse del richiedente a prevenire il danno, vorrebbe dire, in pratica, ammettere, per esempio, che il giudice possa concedere il sequestro conservativo di un *immobile* tutte le volte (in pratica assai frequenti) in cui si dimostri che per assicurare l'esecuzione forzata di un credito, non ancora consacrato in un titolo esecutivo, l'interessato non abbia altra garanzia altrettanto efficace. Ma a nessuno può venire in mente, di fronte al chiaro disposto dell'art. 924 Cod. proc. civ. che limita il sequestro conservativo ai mobili, di sostenere *in iure condito* questa estensione dell'istituto del sequestro, che pur tuttavia, se si ammettesse l'esistenza di un potere cautelare generale, ne sarebbe una coerente e legittima conseguenza.

---

(24) Per questo si ritiene che la procedura su ricorso, stabilita dalla legge per il sequestro conservativo, non possa essere estesa al sequestro giudiziario (contro Coniglio, *Sequestro*, parte II, cap. XI); e che la norma che ammette l'esame testimoniale a futura memoria non possa estendersi alla perizia preventiva (cfr. Rotondi, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 169 e segg.).

(25) Cfr. Carnelutti, *Esecuzione*, I, pag. 236; e lo stesso Chiovenda, *Ist.*, I, pag. 69, n. 25 in fine.

Capitolo terzo

CARATTERI DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

Sommario: 18. Due tipi di *periculum* in mora: pericolo di infruttuosità, e pericolo di tardività del p. principale. — 19. Previsione degli effetti del p. principale che sta a base del p. cautelare (strumentalità *ipotetica*). — 20. Cognizione cautelare: suo oggetto: — 21. I) sull'apparenza del diritto; — 22. II) sul pericolo: *a*) in via ordinaria; — 23. *b*) prima in via sommaria e poi in via ordinaria; 24. *c*) soltanto in via sommaria. — 25. Conseguenze della natura ipotetica dei p. c. sulla responsabilità di chi vi ricorre. — 26. I p. c. come p. di cognizione: varî tipi. — 27. I p. c. in relazione all'autorità della cosa giudicata: *a*) variabilità; 28. *b*) estinzione a termine. — 29. Esecuzione cautelare.

18. — Ora che, in base alla precedente classificazione, si può ragionar sul concreto, è opportuno tornare sui caratteri distintivi dei provvedimenti cautelari, per precisare alcune nozioni già enunciate in astratto e cogliere da vicino alcune differenze più significative.

E prima di tutto si deve insistere su due tipiche configurazioni che può assumere nei provvedimenti cautelari il *periculum in mora*.

In alcuni di essi (e precisamente in quelli considerati sotto le lettere *a*, *b*, *d*) il provvedimento cautelare non mira ad accelerare la sodisfazione del diritto controverso, ma soltanto ad apprestare in anticipo mezzi atti a far sì che l'accertamento (sub *a*) o l'esecuzione forzata (sub *b*, *d*) di quel diritto, avvengano, *quando la lentezza del processo ordinario lo consentirà*, in condizioni praticamente più favorevoli: ciò che è urgente, in altre parole, non è la sodisfazione del diritto, ma la assicurazione preventiva dei mezzi atti a far sì che il provvedimento principale, quando verrà, sia giusto e praticamente efficace. Per questo, anche dopo la emanazione del provvedimento cautelare, il rapporto sostanziale continua ad essere controverso e impregiudicato: il regolamento provvisorio dato dal provvedimento cautelare riguarda la acquisizione dei mezzi di prova o la indisponibilità dei beni che potranno essere a suo tempo oggetto di esecuzione forzata, ma non il rapporto sostanziale che, in attesa del regolamento principale, non è oggetto nel frattempo neanche di decisione interinale. La affinità che passa, sotto questo aspetto, fra i tre gruppi di prov-

vedimenti quei considerati, è evidente: essi non decidono il merito, la cui decisione rimane riservata al giudizio principale, ma preparano i mezzi occorrenti per il provvedimento definitivo. Ciò non vale soltanto per i provvedimenti del gruppo *a*, che hanno carattere decisamente *istruttorio della futura cognizione*; ma anche per quelli dei gruppi *b* e *d*, i quali si possono considerare come aventi, per così dire, analogo carattere *istruttorio della futura esecuzione forzata*. Come le prove sono oggetto della attività di cognizione del giudice, così i beni da espropriare si possono considerare come oggetto della sua attività esecutiva. Tutti i provvedimenti finora considerati hanno appunto a comune lo scopo di apprestare preventivamente i mezzi, che nella fase definitiva costituiranno l'*oggetto* della attività giurisdizionale.

In altri casi invece (e precisamente in quelli considerati sotto la lett. *c*), il provvedimento interinale mira ad *accelerare* in via provvisoria la sodisfazione del diritto, perché il *periculum in mora* è costituito non dal temuto venir meno dei mezzi occorrenti per la formazione o per la esecuzione del provvedimento principale sul merito, ma proprio dal protrarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insodisfazione del diritto, di cui si contende nel giudizio di merito. Qui, pertanto, il provvedimento provvisorio *cade direttamente sul rapporto sostanziale controverso*: è un accertamento interinale di merito (per es. del diritto agli alimenti, nel caso previsto dall'art. 808 Cod. proc. civ.; del diritto al rispetto delle distanze legali nella denuncia di nuova opera, ecc.), il quale dà modo alla parte che ha ottenuto a suo favore il provvedimento cautelare di soddisfare immediatamente, anche attraverso la esecuzione forzata, il diritto provvisoriamente riconosciutole, in attesa del provvedimento principale.

La differenza tra questi due tipi di pericolo, a cui corrispondono nel modo suddetto diversi tipi di provvedimenti cautelari, resulta evidente da un esempio pratico (1). Se un creditore abbiente, il quale non si senta in alcun modo danneggiato dal dover lungamente attendere la sodisfazione del suo credito, teme che il suo debitore durante l'attesa si disfaccia di tutte le sue sostanze mobiliari, in modo da render praticamente vana la esecuzione forzata che possa di lì a qualche tempo essere tentata contro di lui, cercherà soccorso, contro questo

---

(1) Questa differenza è segnata con grande chiarezza ed efficacia, quantunque sotto un angolo visuale troppo angusto, dal GÜTHE, scritto cit., il quale accuratamente distingue, con abbondanza di esempî pratici, i casi in cui i p. c. mirano ad assicurare la sodisfazione del diritto (contro il pericolo che il diritto non sia sodisfatto) dai casi in cui mirano ad evitare il ritardo dell'adempimento (contro il pericolo che il diritto sia sodisfatto *troppo tardi*): cfr. specialmente le pagg. 315-362 di quello scritto.

pericolo, nel sequestro conservativo. Ma se il creditore, per sue particolari ragioni di bisogno (perché, poniamo, si è ridotto in miseria ed ha nella riscossione del suo credito l'unica speranza di sostentamento) teme il danno forse irreparabile che gli deriverebbe dal dover attendere a lungo la sodisfazione del suo diritto, non gli gioverebbero contro questo pericolo le misure cautelari che unicamente fossero rivolte a tenere in riserva per il giorno della esecuzione forzata i beni del debitore, ma gli occorrono, in quanto il diritto positivo le preveda, misure cautelari atte ad accelerare l'esecuzione forzata. Nel primo caso il creditore è disposto ad attendere, ma vuol essere sicuro che la sua attesa non sarà vana; nel secondo caso, anche se ha la sicurezza di poter trovare nel patrimonio del debitore, dopo un certo periodo di attesa, i mezzi per sodisfarsi, vuole sopra tutto sfuggire ai danni che gli deriverebbero da tale attesa, alla fine della quale il provvedimento principale, anche se oggettivamente efficace, giungerebbe troppo tardi per potergli giovare.

È facile intendere come in questi due casi diversamente si atteggi la strumentalità del provvedimento cautelare: in ambedue i casi esso serve ad assicurare la efficacia pratica del provvedimento principale, ma mentre nel primo caso questa efficacia pratica è considerata sotto un aspetto oggettivo e diretto (conservazione dei beni che devono sussistere per rendere fruttuosa l'esecuzione forzata), nel secondo caso è valutata da un punto di vista *soggettivo* e *indiretto*, mettendo in relazione gli effetti del provvedimento principale colla situazione personale di bisogno del richiedente, in vista della quale una esecuzione forzata, fruttuosa ma differita, potrebbe riuscire soggettivamente inutile al pari di una esecuzione forzata che fosse resa infruttuosa dalla mancanza di beni da colpire (2).

19. — La strumentalità dei provvedimenti cautelari fa sì che la loro emanazione (esclusi, per le ragioni che ora si diranno, quelli compresi sub *a*) presupponga un preventivo calcolo di probabilità su quello che potrà essere il contenuto del futuro provvedimento principale.

Questo carattere non si può riscontrare nei provvedimenti cautelari volti alla assicurazione delle prove, perché, mirando essi a predisporre elementi istruttorî che dovranno esser poi utilizzati per la formazione di un provvedimento principale, la utilità di tale predisposizione si manifesterà qualunque possa poi essere, in base agli elementi rac-

---

(2) Già si è visto che i provvedimenti volti ad anticipare la sodisfazione del diritto non sono considerati come cautelari da Cristofolini, da Betti e da Allorio, citati in nota 14 del cap. II.

colti, il contenuto di quel provvedimento. La testimonianza raccolta coll'esame a futura memoria conseguirà ugualmente il suo scopo di cooperare alla giustizia del provvedimento principale anche se fornirà elementi di fatto contrarî all'interesse di colui che l'ha fatta raccogliere: né il giudice che ammette questo provvedimento istruttorio cautelare, fa ciò in previsione che il provvedimento principale possa poi venir favorevole a colui che ha richiesto la assicurazione della prova, dato che questa è destinata a far sentire la sua utilità in un momento necessariamente anteriore alla emanazione del provvedimento principale. Una certa delibazione anticipata viene fatta qui unicamente sul punto della ammissibilità della prova (« il presidente o l'autorità « giudiziaria, riconosciuta l'urgenza, ammette il chiesto esame, *se la « prova testimoniale non sia vietata assolutamente dalla legge* », dice il 3° cpv. dell'art. 251 Cod. proc. civ.), che rimane anch'esso, per un esame approfondito, riservato all'ordinario giudizio di cognizione; ma sul merito manca assolutamente ogni indagine, sia pure delibativa e sommaria.

In tutti gli altri provvedimenti cautelari invece (lett. *b*, *c*, *d*), il requisito dell'urgenza e del *periculum in mora* è valutato *nella ipotesi* che il provvedimento definitivo debba essere emanato in senso favorevole a colui che richiede la misura provvisoria. Per concedere il sequestro conservativo, il giudice deve ritener verosimile che il credito vantato dal richiedente sussista (*fumus boni iuris*) e che quindi sia probabile la emanazione di un titolo esecutivo a suo favore; se il presidente, nel caso dell'art. 808 Cod. proc. civ., assegna il figlio alla madre invece che al padre, lo fa perché un calcolo preventivo di probabilità lo porta a ritenere che nella sentenza definitiva di separazione anche il collegio deciderà in questo senso; né il pretore, in sede di denuncia di nuova opera, ordinerebbe in via provvisoria la sospensione immediata dell'opera iniziata, se inclinasse a ritenere che la pronuncia definitiva potesse con maggior probabilità riconoscere la legittimità del suo proseguimento. In tutti questi casi il pericolo è necessariamente valutato in previsione ed in funzione di un provvedimento principale *di contenuto determinato*: se ogni provvedimento cautelare può considerarsi come la *anticipazione* di certi effetti (decisorî o esecutorî) del futuro provvedimento principale, è evidente che il giudice chiamato a disporre in sede cautelare questi effetti anticipati deve *prevedere* quali potranno essere gli effetti definitivi del provvedimento principale, di cui la misura cautelare costituisce quasi un preannuncio e un'avanguardia. Il danno, per evitare il quale è concessa la misura provvisoria, sussiste solamente in quanto si prevede che il ritardo del provvedimento definitivo possa impedire o menomare la sodisfazione di un diritto (danno *giuridico*); ma se già

attraverso questa delibazione preliminare tutto lascia prevedere che nel giudizio principale di merito questo preteso diritto si dimostrerà insussistente, viene con ciò a impallidire il requisito della *giuridicità* del danno temuto, e questo calcolo di probabilità sull'esito del giudizio di merito si ripercuote necessariamente sulla valutazione della opportunità della misura cautelare.

Perfino nel sequestro giudiziario previsto dall'art. 1875 Cod. civ., al quale, dovendosi esso risolvere a favore della parte vincitrice qualunque essa sia, può sembrare estranea ogni considerazione preventiva attinente all'esito del giudizio definitivo (3), la concessione del provvedimento cautelare è, implicitamente ma necessariamente, basata sulla previsione che la parte richiedente abbia probabilità di riuscir vittoriosa nel merito: in mancanza di che non vi sarebbe ragione di provvedere a conservar la cosa a favore di chi prevedibilmente non potrà mai conseguire, nel giudizio definitivo, il titolo per esigerne la consegna.

Da quanto si è detto finora, risulta che anche i provvedimenti del gruppo *b*) quantunque non decidano il merito (n. 13), tuttavia si basano su una ipotesi riflettente l'esito del giudizio principale sul merito. I provvedimenti del gruppo *c*) prevedono l'esito del giudizio principale per regolare provvisoriamente il merito in conformità di quella previsione; i provvedimenti del gruppo *b*) prevedono l'esito di quel giudizio, per predisporne la realizzazione pratica.

Singolarissima è a questo proposito la funzione che, su questo apprezzamento del pericolo in relazione al prevedibile contenuto del provvedimento principale, hanno le *cauzioni* (lett. *d*): le quali, per temperare gli inconvenienti che potrebbero derivare da errori di previsione, danno al giudice la possibilità di apprestare in sede cautelare, accanto alla misura disposta per l'ipotesi che il provvedimento principale sia favorevole al richiedente, una contromisura destinata a funzionare nel caso che il provvedimento principale gli sia sfavorevole. Il sequestro conservativo, per es., che è concesso *in previsione* della sussistenza del credito, può essere accompagnato dalla imposizione di una cauzione, ordinata *in previsione* della sua insussistenza: in questo modo, qualunque possa essere l'esito del giudizio di merito, il provvedimento cautelare trova sempre il verso per cooperare alla buona riuscita del provvedimento principale: e il giudice, attraverso questa possibilità di una doppia previsione, si trova esonerato dai rischi che comporta di solito il pericoloso mestiere di preveder l'avvenire.

---

(3) Cfr. CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 251, n. 83 *b*); sotto questo profilo il CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 80, considera il sequestro giudiziario tra le misure cautelari destinate ad assicurare la *eguaglianza delle parti*.

La strumentalità, che è carattere generico di tutti i provvedimenti cautelari, diventa così, nei gruppi *b*, *c*, *d*, una ***strumentalità ipotetica***: essi funzionano come mezzi per assicurare la efficacia pratica di un provvedimento principale, per la ipotesi che questo abbia un determinato contenuto concreto, di cui si anticipano i prevedibili effetti (4).

20. — Abbiamo già visto, fin dall'inizio di questo studio (n. 2) come il provvedimento cautelare, anziché un ***tertium genus*** contrapponibile ai provvedimenti di cognizione e a quelli di esecuzione forzata, abbia esso stesso i caratteri generali di un provvedimento di cognizione, suscettibile di esecuzione forzata.

Ma la cognizione che precede il provvedimento cautelare, ha, dato l'oggetto su cui essa verte (e specialmente quando si tratti di provvedimenti cautelari dotati di strumentalità ipotetica), certi suoi speciali caratteri processuali, sui quali giova brevemente insistere.

In sede cautelare il giudice deve in genere accertare (nelle diverse configurazioni concrete che questi estremi possono assumere secondo il provvedimento richiesto) l'esistenza del timore di un danno giuridico (5), cioè l'esistenza di uno stato oggettivo di pericolo che faccia apparire imminente il verificarsi del danno derivabile dalla insodisfazione di un diritto. Le condizioni del provvedimento cautelare potrebbero dunque, apparir queste due: 1°) l'esistenza di un diritto; 2°) il pericolo di insoddisfazione in cui questo diritto si trova.

Su questi due punti dovrebbe vertere la cognizione del giudice in sede cautelare. Senonché abbiamo già veduto che i provvedimenti cautelari hanno la loro ragione d'essere nella celerità con cui possono ovviare al pericolo in via di urgenza, precorrendo il provvedimento definitivo: se per emanare la misura cautelare fosse necessaria una cognizione approfondita e completa sull'esistenza del diritto, cioè sullo stesso oggetto su cui si attende il provvedimento principale, meglio varrebbe attender questo e non complicare il processo con una duplicazione di indagini, che non avrebbe neanche il vantaggio della prontezza.

Per potere adempiere alla loro funzione di prevenzione urgente i provvedimenti cautelari debbono dunque contentarsi, anziché dell'accertamento, che potrebbe esser raggiunto soltanto attraverso lunghe indagini, dell'***apparenza del diritto***, che può resultare attraverso una cognizione molto più brigativa e superficiale di quella ordinaria (***sum-***

---

(4) Cfr. Guidi, *Sulla esecuzione provvisoria* (Roma, 1934), pag. 10.

(5) Cfr. Chiovenda, *Ist.*, I, 251.

maria cognitio). Diremo dunque che gli estremi per ottenere il provvedimento cautelare (condizioni dell'azione cautelare) sono questi due: 1°) *apparenza di un diritto*; 2°) *pericolo di insoddisfazione del diritto apparente.*

21. — *I*) Per quello che si riferisce alla indagine sul diritto, la cognizione cautelare si limita in ogni caso a un *giudizio di probabilità e di verosimiglianza.* Accertare la esistenza del diritto è funzione del provvedimento principale: in sede cautelare basta che la esistenza del diritto appaia verosimile, ossia, per dir meglio, basta che, secondo un calcolo di probabilità, si possa prevedere che il provvedimento principale accerterà il diritto in senso favorevole a colui che richiede la misura cautelare. L'esito di questa cognizione sommaria sulla esistenza del diritto ha dunque, in ogni caso, valore non di accertamento, ma di ipotesi: *se questa ipotesi corrisponda alla realtà si potrà vedere soltanto quando sarà emanato il provvedimento principale.* Non esiste mai, nell'interno del processo cautelare, una fase ulteriore destinata ad approfondire questa indagine provvisoria sul diritto e a trasformare l'ipotesi in accertamento: *il carattere ipotetico di questo giudizio è intimamente connaturato alla natura stessa del provvedimento cautelare ed è un aspetto necessario alla sua strumentalità.* Il giorno in cui la esistenza del diritto non sarà più una ipotesi, ma una giuridica certezza, il provvedimento cautelare avrà esaurito il suo compito, perché, quando il sopraggiunto accertamento principale potrà cominciare a far sentire i suoi effetti, nello stesso momento non vi sarà più bisogno di quella anticipazione provvisoria di questi effetti, che era stata operata nell'attesa del provvedimento cautelare. Non solo dunque non esiste nel processo cautelare una fase destinata a trasformare questa ipotesi in accertamento, ma l'esistenza di una tale fase sarebbe in netto contrasto cogli scopi di questo processo: il provvedimento cautelare è per sua natura ipotetico, e quando la ipotesi si risolve nella certezza, segno è che il provvedimento cautelare ha esaurito senz'altro la sua funzione (oltre, n. 28).

Sarebbe pertanto assolutamente erroneo considerare il provvedimento principale, per ciò che si riferisce all'accertamento del diritto, come una convalida del provvedimento cautelare: accertare in modo definitivo la esistenza del diritto, vuol dire, anziché convalidare il provvedimento cautelare, dichiarare compiuto il suo ciclo. La vita del provvedimento cautelare è in ogni caso fatalmente legata alla emanazione del provvedimento principale: se questo accerta che il diritto non esiste, la misura cautelare vien meno, perché l'apparenza, su cui esso era basato, si rivela illusoria; se invece accerta che il diritto esiste, la misura cautelare non può far altro che lasciar libero ingresso a

quegli effetti definitivi, dei quali finora ha tenuto anticipatamente le veci.

22. — *II*) Per quanto attiene alla indagine sul pericolo, la cognizione cautelare può mirare a raggiungere, *nell'interno dello stesso procedimento cautelare e prima che sia emanato il provvedimento principale*, la certezza (giudizio di verità, non di semplice verosimiglianza) sulla esistenza di quelle condizioni di fatto che, ove il diritto sussistesse, sarebbero tali da far veramente temere il danno inerente alla insodisfazione del medesimo.

Tuttavia, poiché anche una cognizione completa ed approfondita sul solo punto del pericolo potrebbe richiedere un indugio incompatibile coll'urgenza del provvedimento, l'accertamento del pericolo può compiersi in diverse maniere, corrispondenti agli speciali scopi assicurativi a cui ciascun tipo di misura cautelare deve servire.

a) In certi casi l'accertamento del pericolo si compie, *in modo pieno e approfondito*, prima della concessione della misura cautelare: si pensi per es. al sequestro giudiziario, previsto dall'art. 921 Cod. proc. civ., quando, secondo l'insegnamento della prevalente giurisprudenza, sia chiesto mediante citazione nelle forme del processo ordinario; o anche al sequestro conservativo, nei casi in cui l'interessato, anziché servirsi della speciale procedura di ricorso, preferisca, come non è vietato (6), chiederlo mediante citazione. Qui la concessione del provvedimento cautelare è sempre basata su un giudizio di probabilità per quanto si riferisce all'esistenza del diritto, ma, in quanto all'esistenza del pericolo, e in generale alla esistenza di tutte quelle circostanze che posson servire a stabilire la convenienza della cautela richiesta, è basata su un giudizio di verità, destinato (fino a che le circostanze non mutino: cfr. art. 934 Cod. proc. civ.) a rimanere irrevocabile. Se poi, nel giudizio di merito, si accerterà che il diritto vantato non sussiste, il provvedimento cautelare verrà meno col cadere della ipotesi su cui è basato, ma non perché il giudice del merito possa tornare a riesaminare per conto suo l'estremo del pericolo, l'accertamento del quale deve considerarsi esaurito in sede cautelare. Analogo ragionamento si può ripetere per la clausola di provvisoria esecuzione (artt. 363, nn. 2-9; 484 Cod. proc. civ.), e per la dichiarazione di fallimento pronunciata nel giudizio ordinario, previa citazione del debitore. Si intende che quando l'accertamento del pericolo avviene, come nei casi sopra accennati, nel giudizio ordinario, saranno esperimentabili su questo punto tutti i gravami che il processo ordinario consente: si potranno cioè avere impugnative in diversi gradi, volte

(6) Cfr. Cass. 6 giugno 1931, in *Mass. Foro it.*, 1931, col. 435.

al riesame della sola azione cautelare (caso tipico è quello della *inibitoria*, art. 484 Cod. proc. civ., in cui si ha un giudizio di appello sulla legittimità del provvedimento cautelare, cioè della clausola di provvisoria esecuzione).

23. — *b*) Altre volte l'accertamento del pericolo si compie, nell'interno del procedimento cautelare, *in due tempi*: cognizione sommaria nel primo tempo, ordinaria nel secondo. È questo il caso tipico del sequestro conservativo chiesto mediante ricorso, nel quale, mentre il decreto che concede il sequestro *inaudita altera parte* è emanato « premesse, se ne sia il caso, sommarie informazioni », (art. 925 Cod. proc. civ.), cioè attraverso una cognizione superficiale in base a prove attenuate di verosimiglianza (7), nel successivo giudizio di convalida che deve immediatamente seguire a termini dell'art. 931 Cod. proc. civ., l'autorità competente deve accertare, in contraddittorio col sequestrato e attraverso una regolare istruttoria, se sussiste in realtà lo stato di pericolo che occorre per la conferma del sequestro (8). « Vi può essere così — come insegna il CHIOVENDA (9) — un doppio giudizio *provvisorio* »: il decreto che concede il sequestro è soggetto al giudizio di convalida, ed è revocato se la indagine approfondita dimostra che il pericolo, ritenuto verosimile attraverso le prime indagini sommarie, è in realtà insussistente; ma a sua volta la sentenza resa nel giudizio di convalida può venir meno, se nel giudizio di merito si accerta che non sussiste il diritto.

È facile accorgersi però che quando si parla di « doppio giudizio provvisorio », *si adopra la parola provvisorietà*, come già si è rilevato a suo tempo (nn. 3-5), *in due sensi diversi*. Il decreto che concede il sequestro *inaudita altera parte* è provvisorio, perché soggetto a riesame sul punto della esistenza del pericolo; la sentenza che convalida il sequestro è provvisoria perché *strumentale*, cioè perché destinata (come tutti i provvedimenti cautelari) a valere fino a che non sia stato emanato il provvedimento principale. La relazione che passa tra il decreto

---

(7) Non esattamente, a mio credere, l'ALLORIO, parla qui (scritto cit., pag. 22) di *misura puramente esecutiva*: mentre si tratta di un provvedimento di *cognizione sommaria*.

(8) Si noti che nel giudizio di convalida la cognizione ordinaria e approfondita si riferisce al solo estremo del pericolo, non anche all'estremo del diritto, che rimane materia propria del giudizio di merito. Anche se nel giudizio di convalida il collegio riesamina il *fumus boni iuris*, lo fa sempre in via di ipotesi, con un giudizio di probabilità che, per quanto più approssimato di quello urgente fatto nella fase di ricorso, mira soltanto alla verosimiglianza, non alla certezza; cfr. per il sequestro, CONIGLIO, op. cit., n. 181, pag. 437.

(9) *Ist.*, I, pag. 252.

di sequestro e la sentenza di convalida è dunque simile a quella che passa tra l'accertamento con prevalente funzione esecutiva e la successiva fase di cognizione ordinaria, in cui si riprende in esame, con indagine approfondita, lo stesso rapporto controverso già prima giudicato con cognizione sommaria; la relazione che passa tra la sentenza di convalida del sequestro e la sentenza definitiva che decide sul credito è invece quella, ormai nota ai lettori di questo studio, di strumentalità, che è propria dei soli provvedimenti cautelari: la quale non impedisce che il provvedimento cautelare passi in giudicato come decisione sull'azione cautelare e diventi irrevocabile, *rebus sic stantibus*, sul punto della esistenza delle condizioni necessarie e sufficienti per concedere, in attesa del provvedimento sul merito, la misura cautelare richiesta (oltre, n. 27). Si hanno dunque qui due provvedimenti *sull'azione cautelare*, uno provvisorio (decreto) e uno (sentenza di convalida) definitivo *in senso proprio*; ma il provvedimento definitivo cautelare è a sua volta destinato a valere fino alla emanazione del provvedimento principale *sul merito*.

Analogo ragionamento si può ripetere per la sentenza dichiarativa di fallimento, emanata nelle forme del Codice di commercio (oltre, n. 37).

24. — *c*) Finalmente vi sono dei casi in cui, quantunque la cognizione sull'azione cautelare avvenga in *via sommaria* (per es. art. 808 Cod. proc. civ.; artt. 698 e 699 Cod. civ.), non è seguita da un'ulteriore fase, in cui, prima e indipendentemente dalla emanazione del provvedimento principale, si riesamini con cognizione approfondita la esistenza degli estremi della misura cautelare. Qui, se prima della emanazione del provvedimento principale sul merito si verificheranno nuove circostanze, si potrà nuovamente ricorrere all'autorità che ha emanato il provvedimento cautelare, affinché, in base a una nuova cognizione sommaria, lo modifichi, e magari lo revochi; ma non esiste la possibilità di un riesame che miri a ottenere, su quegli stessi estremi di cui si è riconosciuta sommariamente la verosimiglianza, quella certezza che è raggiunta per es. col giudizio di convalida del sequestro conservativo.

Si suol dire che in questi casi l'indagine approfondita sul pericolo vien riservata al giudizio di merito: ma mi sembra che questo insegnamento non tenga presente che colla emanazione del provvedimento definitivo di merito il *periculum in mora*, e quindi la funzione del provvedimento cautelare, viene a cessare; talché nel giudizio di merito l'unico punto su cui si svolge la cognizione ordinaria è sempre (e lo stesso potrebbe dirsi anche nel caso previsto per il sequestro dall'ultimo capoverso dell'art. 931 Cod. proc. civ.), quello della esistenza

del diritto, non quello del pericolo, costituito dal ritardo del provvedimento principale che a suo tempo ha giustificato la concessione della misura cautelare.

A diversa conclusione sembra a prima vista prestarsi il procedimento delle denunzie di nuova opera e di danno temuto, sul quale l'estremo del pericolo, dopo essere stato sommariamente esaminato in sede cautelare, viene ripreso in esame nel giudizio definitivo sul merito (10). Senonché è facile accorgersi che in queste denuncie il pericolo che viene preso in esame nel giudizio di merito *non è lo stesso* che viene sommariamente delibato nel giudizio cautelare. Nelle denuncie di nuova opera e di danno temuto si riscontra questa specialissima caratteristica: che il giudizio definitivo sul merito mira all'accertamento di un pericolo che minaccia un diritto del richiedente, ed alla determinazione delle misure meglio atte ad eliminarlo; talché la sentenza che viene pronunciata in questa fase definitiva ha natura *preventiva*, in quanto provvede ad impedire, prima che si verifichi, il danno che deriverebbe dalla violazione di un diritto. Ma questo pericolo che minaccia il diritto del richiedente, e ad eliminare il quale si provvede definitivamente nel giudiizo di merito, non deve esser confuso con quel *periculum in mora*, che è condizione per la emanazione della misura cautelare: la funzione di questa è di neutralizzare il danno che potrebbe derivare dal ritardo del provvedimento principale, e quindi il problema che il giudice deve proporsi in sede cautelare, per riconoscere esistente il *periculum in mora* che lo autorizza a provvedere interinalmente, non è di vedere se il diritto del richiedente sia in pericolo, ma di vedere se questo pericolo sarebbe suscettibile di aggravarsi e magari di trasformarsi in danno irremediabile, ove, per determinare le misure meglio atte a prevenirlo, si dovesse attendere fino alla emanazione del provvedimento principale. Qui, dunque, se anche il provvedimento principale di merito, reso in base a cognizione ordinaria, ha lo scopo di prevenire un pericolo incombente sul diritto (riprova tipica della già rilevata non coincidenza della tutela preventiva colla tutela cautelare), il carattere strumentale che distingue i provvedimenti cautelari si riscontra soltanto nel provvedimento sommario; perché esso è volto non ad eliminare definitivamente il pericolo incombente sul diritto, ma ad eliminare interinalmente il pericolo che deriverebbe dal ritardo di quel provvedimento di merito, che dovrà poi provvedere ad eliminare definitivamente il pericolo incombente sul diritto.

---

(10) CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 255 insegna, per la denuncia di danno temuto, che nel giudizio di merito si procede definitivamente « esaminando a fondo il « diritto o il possesso dell'attore, l'*effettività del pericolo*, ecc. ».

25. — Quello che si è detto finora ci permette di stabilire con sicurezza questo principio: che, come nel giudizio principale non viene mai ripresa in esame la sussistenza delle condizioni dell'azione cautelare (apparenza del diritto; stato di pericolo del diritto apparente), in quanto il giudizio principale verte *su un'azione diversa*, così non si può considerare il provvedimento che accerta la inesistenza del diritto principale come accertamento retrospettivo della inesistenza di una delle condizioni dell'azione cautelare, e quindi come rivelazione della *illegittimità* della misura cautelare concessa ed attuata. Si tenga presente che l'azione cautelare ha come condizione non la esistenza del diritto, ma la *apparenza del diritto*: e che, anche quando il giudizio sull'azione cautelare si svolge colla garanzia della cognizione ordinaria (come avviene, per esempio, nel giudizio di convalida del sequestro), questa cognizione, quantunque piena ed approfondita, non va al di là, per quello che si riferisce al diritto principale, della semplice ipotetica apparenza. Questo significa che, una volta ritenuta tale apparenza, l'azione cautelare è senz'altro, in concorrenza del pericolo, pienamente e definitivamente fondata; e se poi, nel giudizio principale, si accerterà che all'apparenza, già ritenuta, del diritto, non corrisponde la esistenza del medesimo, ciò servirà a dimostrare che è infondata l'azione principale (tra le condizioni della quale vi è appunto quella della esistenza del diritto), ma non già a dimostrare retroattivamente la infondatezza dell'azione cautelare e la illegittimità della misura cautelare, la quale, come si è detto, ha proprio l'ufficio normale e fisiologico di provvedere interinalmente *mentre il diritto è ancora incerto* (supposto, ma incerto), e di permettere così che il giudizio principale, volto a eliminare tale incertezza, si svolga senza precipitazione. Se la misura cautelare ha come sua condizione la *incertezza del diritto* (se il diritto fosse certo, si potrebbe senz'altro ricorrere all'esecuzione ordinaria), cioè una situazione di dubbio, che può risolversi in due diversi sensi, sarebbe una petizione di principio considerarla *a posteriori* illegittima, solo perché, nel giudizio principale di cui essa assicura per ogni eventualità il tranquillo svolgimento, la ipotesi venga poi a risolversi in senso negativo. Sarebbe come se, in un caso clinico ancora dubbio, in cui soltanto lunghe analisi potranno rivelare con sicurezza la presenza di una certa infezione specifica, si considerasse erronea la applicazione, fatta senza ritardo dal medico, di una certa cura immunizzante, che può essere efficace soltanto se fatta in via preventiva ed immediata: è certo che, se in seguito a lunghe analisi, si vedrà che la temuta infezione in realtà non è presente, la cura preventiva si rivelerà inutile, e magari, per le reazioni che ad essa si accompagnano, dannosa; ma il danno che si sarebbe prodotto se, esistendo la infezione, la cura immunizzante non fosse stata immediatamente intrapresa, sarebbe stato

assai maggiore: e allora sì veramente il medico avrebbe errato, se, per non correre il rischio di vedersi smentito dal facile senno del poi, si fosse astenuto dal prescrivere d'urgenza la cura preventiva, che poteva, nell'ipotesi dell'infezione, salvare il malato!

Anche nelle misure cautelari c'è, analogamente, un certo rischio, inerente appunto a quello stato di incertezza del diritto, che giustifica il provvedimento d'urgenza; e se successivamente apparirà che il diritto principale non sussiste, e che di conseguenza la applicazione della misura cautelare è stata inutile e magari ha ingiustamente danneggiato il preteso debitore, questi avrà diritto al risarcimento dei danni non già perché il provvedimento provvisorio sia stato emanato illegittimamente a favore di chi fosse sprovvisto di azione cautelare, ma perché ogni azione cautelare, avendo tra le sue condizioni la apparenza, e non la esistenza, del diritto, porta con sé un certo margine di errore, che costituisce per così dire il prezzo della prontezza e che deve naturalmente gravare su chi di questa prontezza si giova.

Diverso è il caso quando il giudizio sulla concessione della misura cautelare, cioè la cognizione sulla esistenza delle condizioni dell'azione cautelare, si svolge in due fasi, una prima sommaria ed una seconda ordinaria (come accade, per es., nel procedimento di sequestro conservativo: n. 23): qui, se il sequestro concesso in base a ricorso viene revocato nel giudizio di convalida, vuol dire che si riconosce che esso era stato ordinato senza che vi fossero le condizioni necessarie per ordinarlo, cioè illegittimamente; e la revoca della misura cautelare già concessa significherà appunto riconoscimento della sua illegalità.

Queste osservazioni possono forse portare a domandarsi se si possa mettere sullo stesso piano la responsabilità del requestrante il cui sequestro in sede di convalida sia stato riconosciuto « senza causa » (cioè mancante delle condizioni proprie della misura cautelare: apparenza del diritto e pericolo), e quella del sequestrante che, dopo aver ottenuto in sede cautelare la convalida del sequestro e con questa il definitivo accertamento della fondatezza dell'azione cautelare, rimane poi soccombente nel giudizio principale sul merito. In realtà la responsabilità (anche se si volesse considerarla sotto il proiflo della colpa) assume nei due casi una intensità ben diversa: nel primo caso il sequestrante è responsabile per aver eseguito a carico del sequestrato una misura cautelare senza averne diritto, quando la sommarietà della indagine premessa alla concessione del sequestro lasciava ancora riservato alla fase di convalida l'indagine approfondita sulla esistenza di tale diritto (azione cautelare); nel secondo caso è responsabile soltanto per aver eseguito, in conformità di un'azione cautelare riconosciuta definitivamente fondata, un provvedimento, che per la sua natura strumentale, portava con sé un certo rischio di errore. Mi

sembra per questo che, se la tendenza della giurisprudenza, energicamente contrastata dalla dottrina, a far rientrare la responsabilità del sequestrante sotto i principî comuni della responsabilità per colpa, può trovare qualche giustificazione nel primo caso (in cui veramente la esecuzione di una misura cautelare da parte di chi resulta poi sfornito di azione cautelare, si può, con qualche sforzo dialettico, configurare come un atto per così dire retroattivamente illecito), manca assolutamente di ogni giustificazione nel secondo caso, in cui la responsabilità del sequestrante non può razionalmente concepirsi che come un caso di responsabilità oggettiva, connessa al rischio che è inerente alla necessaria strumentalità ipotetica di un provvedimento cautelare, in sé pienamente legittimo (11).

26. — Abbiamo già ripetutamente chiarito che la tutela cautelare non costituisce un *tertium genus*, contrapposto alla tutela dichiarativa e a quella esecutiva: e che, quando si prescinda da quel carattere di *strumentalità* che attiene allo scopo e non al contenuto del provvedimento, i provvedimenti cautelari possono, per il loro contenuto, trovare la loro casella sistematica tra i provvedimenti ordinarî di *cognizione* o di *esecuzione*, accanto ai varî tipi che la dottrina distingue.

La massima parte delle misure cautelari di cognizione rientrano in quel tipo di provvedimento che la dottrina ha studiato sotto la denominazione di sentenze *costitutive necessarie* (12). Nella massima parte dei casi, infatti, gli effetti di una misura cautelare non derivano dall'accertamento di rapporti *preesistenti* al provvedimento, ma scaturiscono *ex novo* dal provvedimento medesimo che ha per questo efficacia costitutiva. Non esiste, prima del decreto che concede il sequestro, un obbligo del preteso debitore di consegnare i mobili al sequestratario, né il sequestrante chiede in sede cautelare l'accertamento e la sodisfazione di un suo preesistente diritto soggettivo *al sequestro*, rimasto insodisfatto per inadempienza del debitore. In

---

(11) Sulla responsabilità per i danni derivanti dalla esecuzione di misure cautelari poi revocate cfr. Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 81; Coniglio, *Sequestro*, p. II, cap. XXII; Carnelutti, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, pag. 185 e segg., e in *Studi di dir. proc.*, II, pag. 319 e segg.; Allorio, scritto cit., pagg. 10-11 dell'estratto (il quale ritiene, d'accordo col Geib, che la responsabilità per l'esecuzione di un provvedimento cautelare poi revocato in sede di merito si spieghi come responsabilità per aver esercitato l'azione cautelare, che egli concepisce in senso astratto, senza aver quel diritto *sostanziale cautelare*, che egli crede di poter riesumare).

(12) Cfr. i miei *Studi*, vol. II, pag. 335; e Coniglio, *Sequestro*, n. 188; Kisch, *Beiträge z. Urteilslehre* (Leipzig, 1903), pag. 162.

questo senso insegna il CHIOVENDA (13) che l'azione cautelare è *mera azione*, « perché esiste come potere *attuale* quando ancora non si sa « se il diritto cautelato esiste; e mentre il convenuto non ha alcun « obbligo di cautela prima del provvedimento del giudice »; in senso analogo il CARNELUTTI assegna alla misura cautelare la funzione di dare alla lite una « sistemazione di fatto » (14), in quanto il rapporto provvisorio, da essa costituito in previsione della sua coincidenza col rapporto sostanziale non ancora accertato, può rivelarsi non corrispondente alla vera situazione di diritto sostanziale, ove nel giudizio principale si dimostri che la previsione fatta dal giudice in sede cautelare era sbagliata (15).

Peraltro, se nella massima parte dei provvedimenti cautelari ci troviamo difronte a casi evidenti di sentenze costitutive (16), non mi pare che si debba escludere la possibilità di misure cautelari corrispondenti a un diverso tipo di sentenza. Se si includono tra i procedimenti cautelari la querela di falso e la verificazione di scritture in via principale, dovremo ammettere che, almeno in questi casi, la misura cautelare abbia gli effetti di una sentenza di mero accertamento. E in altri casi il provvedimento cautelare, può avere, se non nel nome, certo negli effetti, il contenuto di una vera e propria condanna (17); non solo perché si hanno misure cautelari (si pensi al decreto che concede il sequestro) le quali, pur non basandosi sull'accertamento di un obbligo sostanziale preesistente al processo e di un inadempimento del medesimo, creano peraltro quella *soggezione* alla esecuzione forzata, che secondo alcuni (18), è l'elemento tipico della condanna; ma anche perché certi provvedimenti cautelari creano,

---

(13) *Ist.*, I, pag. 24, lett. *d*); e pag. 250.

(14) *Lezioni*, II, pag. 86.

(15) Diversamente l'ALLORIO, il quale, nel suo scritto più volte citato, ritiene che i provvedimenti cautelari, anziché effetto di « pura azione », siano nient'altro che l'accertamento o la esecuzione di un preesistente diritto soggettivo *sostanziale* di cautela, cioè di un diritto alla sanzione cautelare che si accompagnerebbe ad ogni diritto soggettivo sostanziale, inteso come diritto alla sanzione principale. Mi esimo dal ripetere gli argomenti per i quali da tempo la prevalente dottrina italiana e tedesca ha sorpassato questa vecchia teoria: cfr. per tutti CONIGLIO, *Sequestro*, pagg. 69-70 e gli altri autori citati dallo stesso A. a pag. 12 del suo scritto; e DIANA, scritto cit., pag. 210, nota 1.

(16) Di *accertamento costitutivo* parla il CARNELUTTI, *Lezioni*, II, pag. 103.

(17) In senso contrario, in coerenza colla speciale concezione che egli ha della condanna come constatazione dell'atto illecito, CARNELUTTI, *Lezioni*, II, 105; cfr. anche, sulla speciale categoria delle *Anordnungsurteile*, KUTTNER, *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilpr.* (München, 1914), pag. 21 e segg.; e GOLDSCHMIDT, *Zivilpr.*, § 15 *a*.

(18) Cfr. il mio scritto *La condanna*, in *Studi*, III, pag. 179 e segg.

prima che una soggezione processuale, un rapporto obbligatorio di carattere provvisorio che diventa suscettibile di esecuzione forzata solo quando la parte, a carico della quale l'obbligo è posto, non lo esegua volontariamente. Si veda, per es., l'ultimo cpv. dell'art. 940 Cod. proc. civ., secondo il quale « se il pretore abbia prescritto la « sospensione dell'opera denunziata *e la parte non obbedisca*, può « ordinare che le cose siano ridotte al pristino stato »; qui, prima che una soggezione (processuale) cautelare, il provvedimento del pretore crea una *obbligazione cautelare* (di non fare), l'inadempimento della quale produce in un secondo tempo l'assoggettamento della parte inadempiente alla esecuzione forzata.

Come vere e proprie sentenze di condanna si possono presentare in ispecial modo quei provvedimenti cautelari del gruppo *c*, i quali consistono, come si è veduto, nella anticipazione degli effetti *decisorî* del provvedimento principale: tutte le volte che il provvedimento principale si preannuncia come sentenza di condanna, anche il provvedimento cautelare che è destinato ad anticiparne gli effetti opererà, anche se non contiene la parola condanna, come *condanna anticipata* (il provvedimento con cui il presidente del tribunale *ordina* ad un coniuge di corrispondere all'altro gli alimenti in pendenza del processo di separazione, ha lo stesso contenuto della sentenza di separazione che contiene la *condanna* a tale corresponsione). Anche qui si ha la costituzione *ope iudicis* di un obbligo cautelare che, quando non vien spontaneamente sodisfatto, si trasforma in soggezione processuale: il che dimostra che fra provvedimenti costitutivi e provvedimenti di condanna non si può far sempre una netta contrapposizione, in quanto possono esservi sentenze costitutive (le quali non accertino rapporti preesistenti, ma creino *ope judicis* nuovi rapporti) che, insieme, sono sentenze di condanna (in quanto il loro effetto costitutivo è appunto quello di creare un obbligazione e insieme, per l'ipotesi della inadempienza, il titolo per la sua esecuzione forzata) (19). Una speciale menzione merita a questo proposito la clausola di provvisoria esecuzione: l'apposizione della quale fa sì che la sentenza appellabile di condanna, cui essa è apposta, operi come la somma di due provvedimenti identici nel contenuto (ambedue di condanna), ma differenziati per il momento di inizio degli effetti, qualitativamente coin-

---

(19) La osservazione del CARNELUTTI, *Esecuzione*, n. 117 che il provvedimento cautelare non serve altro che alla esecuzione, in quanto « valere da titolo « esecutivo non è una delle sue funzioni, ma la sua funzione esclusiva », è certo giusta per quei provvedimenti cautelari (come il sequestro) dai quali nasce solo una soggezione processuale, ma mi par che non lo sia per quelli che, come negli esempî suddetti, hanno anche l'effetto di costituire veri e proprî obblighi cautelari.

cidenti (20). L'apposizione della clausola di provvisoria esecutorietà viene, in altre parole, ad aggiungere alla condanna di primo grado (che, come tappa del processo principale, è sospensivamente condizionata alla pendenza del gravame), una condanna di ugual contenuto, la quale, nella ipotesi che la sentenza di primo grado possa consolidarsi e diventar immutabile nel corso del processo principale, anticipa quegli effetti che la condanna principale conseguirà quando passerà in giudicato.

Un posto a sé tengono i provvedimenti cautelari volti ad assicurare le prove a futura memoria (per es. art. 251 Cod. proc. civ.), i quali, se, considerati dal punto di vista del processo principale, hanno il carattere di *provvedimenti istruttorî anticipati*, hanno invece, quando si considerino nel ristretto terreno di quel separato processo cautelare in cui essi vengono emanati, il carattere di provvedimenti *definitivi* (nel senso proprio di provvedimenti che pongono fine al processo cautelare), con efficacia *costitutiva* di quegli effetti di diritto probatorio che normalmente non potrebbero nascere altro che, attraverso provvedimenti istruttorî, nell'ambiente del processo principale.

27. — Il carattere strumentale dei provvedimenti cautelari appare in tutta la sua tipica configurazione, quando si cerchi di stabilire in quali limiti questi provvedimenti di cognizione abbiano attitudine ad acquistare autorità di cosa giudicata.

In termini pratici, il problema può formularsi così: posto che nella massima parte dei casi le misure cautelari provvedono ad eliminare il pericolo mediante la costituzione di un rapporto provvisorio, preordinato al miglior rendimento pratico del futuro provvedimento principale, si tratta di determinare qual'è la *durata* di questo rapporto cautelare costituito *ope iudicis*, ossia, in altre parole, di determinare quando e come sono destinati a venir meno gli effetti derivanti dalla misura cautelare. Si sa, per fare un esempio, che il sequestro toglie provvisoriamente al proprietario la disponibilità delle cose sequestrate: *per quanto tempo dura questo stato di indisponibilità creato dal sequestro?*

Per rispondere a questa domanda bisogna guardarsi dal confondere, come può facilmente accadere, due fenomeni che nei provvedimenti cautelari si incontrano giustapposti.

a) Da una parte le misure cautelari, come provvedimenti che danno vita ad un rapporto *continuativo*, costruito, per così dire *su*

(20) Chiovenda, *Ist.*, II, pag. 505: « ... nel valutare la condizione della sen- « tenza soggetta a gravame convien distinguere nettamente la sentenza come accer- « tamento del diritto e come accertamento con prevalente funzione esecutiva ».

misura, dal giudice secondo le esigenze della fattispecie da lui valutata, possono esser soggette, anche prima che sia emanato il provvedimento principale, a modificazioni corrispondenti a una sopraggiunta variazione delle circostanze concrete, tutte le volte che il giudice, attraverso un nuovo provvedimento, ritenga che la misura cautelare inizialmente ordinata non appaia più adeguata alla nuova situazione di fatto creatasi nel frattempo. Questa *variabilità* della misura cautelare in corrispondenza col variar delle circostanze, non è un fenomeno esclusivo dei provvedimenti cautelari: la dottrina conosce tutta una categoria di sentenze costitutive o determinative (cosiddette sentenze con la clausola « *rebus sic stantibus* ») (21), i cui effetti, nonostante il loro passaggio in giudicato, possono essere in ogni tempo modificati da una nuova sentenza, tutte le volte che si verifichi una « mutazione nelle condizioni » di fatto (es. art. 144 Cod. civ.) del rapporto sostanziale anteriormente deciso.

Anche i provvedimenti cautelari si possono considerare come emanati con la clausola « *rebus sic stantibus* », posto che essi non contengono l'accertamento di un rapporto esaurito *nel passato* e destinato per questo, a rimanere attraverso il passaggio in giudicato, staticamente fissato per sempre; ma costituiscono per proiettarlo *nell'avvenire* un rapporto giuridico nuovo (rapporto cautelare), destinato a vivere e quindi a trasformarsi se la dinamica della vita lo esige (22).

Per questo tutte le volte in cui una misura cautelare è concessa in base a una sola fase di cognizione sommaria (cfr. nn. 20, 24), la stessa autorità che ha emanato il provvedimento potrà attraverso una nuova cognizione sommaria modificarlo o revocarlo, se in pendenza del giudizio principale si siano verificate nuove circostanze che sconsiglino la continuazione del rapporto cautelare originariamente costituito (così, ad es., il presidente, dopo aver emanato i « provvedimenti temporanei » di cui all'art. 808 Cod. proc. civ., può sempre, su ricorso di una delle parti, apportarvi quelle modificazioni che le sopraggiunte esigenze del caso consiglino; lo stesso può fare, a mio avviso, il pretore in tema di denuncie di nuova opera o di danno temuto, quando nuove ragioni di urgenza gli dimostrino la insufficienza o la inopportunità dei provvedimenti originariamente ordinati). Ma questa variabilità del rapporto cautelare sussiste del pari anche quando il provvedimento

---

(21) Cfr. BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legato di elementi* (Camerino, 1921); COSTA S., *Le sentenze civili con la clausola « rebus sic stantibus »*, in *Studi senesi*, 1930; VASSALLI, *La sentenza condizionale*, (Roma, 1928), n. 45; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, (Milano, 1934), n. 5.

(22) Queste osservazioni, si intende, non valgono per quei provvedimenti cautelari che si esauriscono in un semplice accertamento, come sarebbero le pronuncie sulla querela di falso o sulla verificazione di scritture in via principale.

sia stato emanato attraverso una cognizione ordinaria, inizialmente ovvero in via di convalida di una prima cognizione sommaria: il passaggio in giudicato della sentenza che convalida la concessione di un sequestro conservativo non impedisce che, sopraggiungendo in pendenza del giudizio principale nuove circostanze atte ad eliminare il pericolo, possa la stessa autorità giudiziaria, che in un primo tempo ha convalidato il sequestro (23), revocarlo per motivi sopravvenuti. La regola non si trova formulata in maniera generale nel nostro diritto (24); ma essa può desumersi dalla disposizione dell'art. 934 Cod. proc. civ., la quale, stabilendo che il sequestro debba revocarsi « se il debitore « presti cauzione idonea per il valore delle cose sequestrate », non esclude che tale cauzione possa essere prestata con questo effetto in un momento successivo al passaggio in giudicato della sentenza di convalida.

28. — *b*) Da questa *variabilità* per circostanze sopraggiunte in pendenza del giudizio principale (che è fenomeno comune a tutte le sentenze colla clausola « *rebus sic stantibus* »), si deve nettamente distinguere un altro fenomeno, che è esclusivo dei soli provvedimenti cautelari, e che è una conseguenza tipica della loro strumentalità: la estinzione *ipso iure* dei loro effetti al momento in cui viene emanato, con efficacia di giudicato, il provvedimento principale. Sorto per dar tempo al provvedimento principale di nascere attraverso la lunga gestazione del processo ordinario, e per tenere provvisoriamente le sue veci in quel limitato campo in cui il ritardo sarebbe stato pericoloso, il provvedimento cautelare vede, colla nascita del provvedimento principale, esaurita la sua funzione, compiuto il suo ciclo vitale.

Può sembrare a prima vista che qui ricorra un caso di provvedimento *condizionato*: ed è strano che il Vassalli, che con tanta acutezza e diligenza ha passato in rassegna i varî casi di sentenze riconducibili sotto questa figura, non abbia fatto cenno dei provvedimenti cautelari, di fronte ai quali, essendo emanati nella ipotesi della sussistenza del diritto principale, può sembrare che l'accertamento

---

(23) È discusso se la stessa autorità giudiziaria delegata (presidente del collegio o pretore) che ha concesso il sequestro in base a cognizione sommaria, possa in via sommaria apportarvi modificazioni (per es. imponendo una cauzione al creditore non imposta nel decreto di sequestro); ovvero se tale potere spetti soltanto al collegio competente per il giudizio di convalida: cfr. Andrioli, in nota alla sentenza 14 maggio 1935 della C. d'Appello di Roma, in *Foro it.*, 1935, I, 1, 1247.

(24) Cfr. per il diritto tedesco Goldschmidt, *Zivilproz.*, § 113, n. 2 e n. 4 (§ 927 *CPO*).

della sua insussistenza funzioni come condizione risolutiva. Non è mancato infatti chi ha spiegato (con un ragionamento che potrebbe ripetersi con poca differenza per tutte le misure cautelari dei gruppi *b*, *c*, *d*) come un fenomeno di condizionalità il rapporto che passa tra la sentenza di convalida del sequestro e la sentenza sul credito: ed ha definito la prima come condizionale « nel senso che la successiva « decisione di merito, se favorevole al sequestro, fa venir meno lo « stato di sequestro; o, ciò che è lo stesso, la sentenza di merito che « accerti l'inesistenza del diritto per il quale si procedette a sequestro, « *opera come condizione risolutiva* di quella di sequestro » (25).

In verità sembra che qui ci troviamo dinanzi al funzionamento tipico di una condizione risolutiva, quando si osserva che, colla emanazione del procedimento principale, la misura cautelare viene *ipso iure* a perdere ogni efficacia, *senza bisogno di una nuova pronuncia che la revochi.* Abbiamo già veduto, infatti, che il giudizio principale sul diritto non si può considerare (neanche in quei casi in cui ciò sembrerebbe sostenibile: *retro*, n. 24) come un riesame sulla legittimità della misura cautelare: il *thema decidendum* del giudizio principale è *diverso* da quello deciso nel giudizio cautelare; il venir meno della misura cautelare in seguito alla pronuncia del provvedimento principale che accerta la insussistenza del diritto, non si può dunque considerare come effetto di una successiva revoca, ma appare piuttosto come la conseguenza automatica del verificarsi di un evento (provvedimento principale), che al momento della emanazione della misura cautelare è stato previsto come possibile nell'avvenire e al prodursi del quale è stata fino da principio ricollegata la sorte di questa. Il che ci richiamerebbe appunto al concetto di condizione.

Senonché la inapplicabilità di questo concetto ai provvedimenti cautelari deriva, a mio credere, da un altro ordine di considerazioni, che è il seguente. Il sopravvenire del provvedimento principale opera come causa estintiva degli effetti del possedimento cautelare non soltanto quando accerta che il diritto, in previsione della cui sussistenza questo è stato emanato, non sussiste, *ma altresì quando accerta che sussiste*; infatti, se nel primo caso il provvedimento cautelare vien meno perché si accerta che l'ipotesi su cui si basava non era fondata, nel secondo caso vien meno ugualmente come provvedimento cautelare (pur convertendosi, in certi casi, in un provvedimento definitivamente esecutivo: oltre, n. 29) perché al suo posto sottentra il provvedimento principale, dal quale d'ora in avanti (e non più dal provvedimento cautelare) il rapporto sostanziale rimane regolato. A questa caratte-

---

(25) Coniglio, *Sequestro*, n. 189, e nota 1 a pag. 448.

ristica non mi pare che finora la dottrina abbia dato la importanza che merita: eppure, se essa fosse stata tenuta presente, si sarebbe facilmente visto che il provvedimento cautelare non può considerarsi come risolutivamente condizionato all'accertamento negativo del diritto principale, dal momento che esso è destinato a venire meno non solo quando la condizione si verifica, *ma altresì quando essa non si verifica*, cioè quando il provvedimento principale accerta la esistenza di quel diritto di cui la misura cautelare aveva accertato il semplice *fumus*. È perfettamente vero (e vi abbiamo lungamente insistito nelle pagine precedenti) che il provvedimento cautelare si basa su un'*ipotesi affermativa*, concernente l'esistenza del diritto, in armonia colla quale esso provvedimento si plasma, in modo da agevolare e da assicurare la sodisfazione di quel diritto, la cui esistenza in sede cautelare è supposta come probabile; ma è altresì vero che questa ipotesi, la quale opera al momento della concessione del provvedimento cautelare, non si ripercuote sulla vita del rapporto cautelare da esso creato, il quale è destinato ad estinguersi ugualmente qualunque sia l'esito del giudizio principale: ossia non solo se da questo apparirà la infondatezza della ipotesi, *ma altresì se ne apparirà la fondatezza*.

Mi pare per questo che la efficacia del provvedimento cautelare non si possa neanche far rientrare in quella figura del *giudicato ipotetico*, che recentemente il Chiovenda ha messo in luce nelle sue *Istituzioni* (26): il quale si forma quando l'attore, pur affermando di avere un certo diritto maggiore, il cui accertamento si riserva di chiedere in sede separata, fa valere intanto, per la negata ipotesi che il diritto maggiore non gli competa, un diritto minore che in tale ipotesi gli competerebbe, e di cui per ora si appaga (27). Le somiglianze che questo giudicato ipotetico ha col giudicato cautelare sono evidenti: in ambedue i casi il giudicato lascia insoluta una questione pregiudiziale e si basa, anziché sulla soluzione della medesima, *sulla ipotesi* che essa debba avere una certa soluzione; ma mentre il giudicato ipotetico è destinato a purificarsi ove nel successivo giudizio la questione pregiudiziale riceva una soluzione conforme a quella ipotizzata, il giudicato cautelare non si purifica mai, perché, se nel giudizio principale la ipotesi appare infondata, la misura cautelare vien meno perché basata su una previsione ormai smentita dalla realtà; se viceversa la ipotesi appare fondata, la misura cautelare viene meno *perché ormai inutile*.

---

(26) Vol. I, n. 38 in fine (pag. 163) e n. 131.

(27) Qui, spiega il Chiovenda, *Ist.*, I, pag. 377, l'attore ha « interesse a otte- « nere la propria modificazione di un rapporto giuridico avente vigore *di fatto*, « indipendentemente dalla indagine più difficile sulla validità del rapporto stesso ».

Meglio che di giudicato condizionale o ipotetico si deve dunque, per i provvedimenti cautelari, parlare di costituzione, a fini puramente processuali (28) di un rapporto a termine (*dies certus an, incertus quando*), la cui efficacia è destinata a cessare *ex se* al momento in cui entrerà in vigore il provvedimento principale. Il giudicato cautelare, come accertamento delle condizioni necessarie e sufficienti per ottenere la misura cautelare domandata, è in sé definitivo(come sono definitivi, in quanto constatazione di condizioni esistenti, tutti gli accertamenti su cui si basa la costituzione di un nuovo rapporto giuridico sostanziale destinato a durare nell'avvenire *rebus sic stantibus*, cfr. *retro*, n. 27); ma temporaneo è il regolamento che in base a tale accertamento definitivo viene costituito. Si potrebbe dire, insomma che il giudicato cautelare è l'accertamento definitivo della esistenza delle condizioni necessarie e sufficienti, per ottenere la costituzione *ope iudicis* di un rapporto giuridico a termine, destinato ad avere efficacia, *rebus sic stantibus*, fino alla emanazione del giudicato principale.

Giova insistere, a conclusione di questa indagine, su un punto che può avere in certi casi grande importanza pratica: che, cioè, colla emanazione del giudicato principale, la misura cautelare perde efficacia *ex se*, senza bisogno di un apposito provvedimento di revoca: e se, nascendo contestazione sul preteso perdurare degli effetti cautelari anche dopo il provvedimento principale, vi sarà bisogno di ricorrere nuovamente al giudice per risolvere questa contestazione, esso dovrà limitarsi ad accertare la estinzione degli effetti cautelari, *già avvenuta ipso iure*. È questa una conseguenza, che mi par sicurissima, della funzione strumentale di questi provvedimenti; non so se la giurisprudenza e la dottrina abbiano sempre idee chiare su questo punto (29): onde con molta opportunità il *Progetto* Carnelutti aveva chiaramente affermato questo principio nell'art. 327, il quale disponeva che i provvedimenti cautelari « hanno efficacia soltanto finché dura il processo » (sc. principale) e che « se la sentenza, che decide la lite, non contiene « la revoca del provvedimento cautelare, questo perde in ogni caso « efficacia quando essa non sia più soggetta a reclamo » (30).

---

(28) Cfr. Kisch, *Beiträge* cit., pagg. 162-163.

(29) Il Coniglio, *Sequestro*, cit., si limita a dire che, se l'azione principale del sequestrante è rigettata « il sequestro vien meno », mentre, se è accolta, « il « sequestro ha raggiunto pienamente i suoi effetti », ed alla esecuzione cautelare « è impresso il carattere di esecuzione a scopo di realizzazione » (pagg. 472-473). In Germania, contro l'opinione del Tribunale dell'Impero, la dottrina, basandosi sul § 927 *CPO*, ritiene che il sequestro non possa venir meno senza apposito provvedimento di revoca: cfr. Rosenberg, *Lehrbuch*, 3ª ed., pag. 742; Oertmann, in Hellwig, *System*, II, pag. 451.

(30) Che il p. cautelare perda efficacia *ex se*, se contro un certo termine non segue il giudizio principale, è espressamente stabilito in qualche legge spe-

29. — Accanto alla *cognizione cautelare*, di cui si è discorso finora, si può parlare di *esecuzione forzata cautelare* tutte le volte che gli effetti del provvedimento cautelare non si esauriscono nella fase di cognizione, ma richiedono per la loro attuazione una modificazione del mondo esterno, da compiersi mediante un ulteriore provvedimento, che si presenta come esecuzione del primo.

Non tutti i provvedimenti cautelari sono suscettibili di separata esecuzione forzata: come, ad esempio, quelle misure cautelari che consistono in un mero accertamento anticipato (accertamento sul falso in via principale) o quelle che, ordinando una variazione di rapporti giuridici che può compiersi senza bisogno di modificare materialmente il mondo esterno, cumulano in sé, come fanno tutte le sentenze costitutive in senso stretto, la propria esecuzione (per es. la sentenza dichiarativa di fallimento, che opera il sequestro generale del patrimonio del fallito senza bisogno di speciale apprensione). In altri casi il provvedimento cautelare è suscettibile di esecuzione soltanto in senso improprio (31): quando per es. si tratta di dare esecuzione alla sentenza che ammette l'esame testimoniale a futura memoria.

Ma, all'infuori di questi casi, si parla di una vera e propria *esecuzione forzata cautelare*, nel senso di esecuzione forzata di un provvedimento cautelare avente efficacia di titolo esecutivo (32); ma non si deve credere che i mezzi processuali di cui si serve la esecuzione cautelare siano (o siano sempre) diversi da quelli di cui si serve la esecuzione forzata ordinaria (che il CARNELUTTI ha chiamato, in contrapposto a quella cautelare, *satisfattiva*) (33).

A questo proposito bisogna distinguere tra la esecuzione forzata dei provvedimenti cautelari del gruppo *c*) e quella dei provvedimenti *b*). Per i primi, l'effetto del provvedimento cautelare consiste nell'anticipare provvisoriamente la decisione del rapporto controverso, e quindi, attraverso la più sollecita creazione del titolo esecutivo, nell'*anticipare la possibilità di procedere alla esecuzione ordinaria*. Ma, una volta conseguito lo scopo cautelare attraverso l'accelerazione del titolo esecutivo, la esecuzione forzata si svolge *fino in fondo*, nello stesso modo come si sarebbe svolta se questo titolo fosse stato conseguito in maniera irrevocabile. Se poi il processo principale porterà a un resultato diverso da quello consacrato nel titolo esecutivo cautelare, la esecuzione già avvenuta apparirà illegittima con tutte le conseguenze che si ve-

---

ciale: cfr. art. 68 cpv. ultimo della legge sui dir. d'autore 7 novembre 1925, e l'art. 246 t. u. legge comunale e provinciale 3 marzo 1934, n. 382.

(31) CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 260, lett. *c*; CARNELUTTI, *Esecuzione*, I, n. 4.

(32) CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 288, n. 3; CARNELUTTI, *Esecuzione*, I, n. 177.

(33) In *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, scritto cit., pag. 171.

rificano quando, intrapresa o compiuta l'esecuzione forzata ordinaria, vien meno eccezionalmente (per es. per l'esperimento di un rimedio straordinario) il titolo esecutivo su cui essa era basata: se viceversa, il processo principale porterà a una decisione coincidente col provvedimento cautelare, la esecuzione cosiddetta cautelare rimarrà ferma in funzione di esecuzione ordinaria, cioè come esecuzione definitivamente satisfattiva (34).

Quando invece si tratta della esecuzione forzata dei provvedimenti cautelari del gruppo *b*), i mezzi esecutivi possono essere diversi da quelli dell'esecuzione ordinaria, nel senso che gli atti costituenti esecuzione cautelare, non si spingono fino alla stessa meta ultima a cui arriverebbe la esecuzione forzata ordinaria del diritto cautelato, ma si arrestano prima, ad una tappa intermedia, per evitar di attuare, in pendenza del giudizio principale, modificazioni irrimediabili sul patrimonio del debitore. La esecuzione cautelare equivale dunque, nella sua totalità, ad una *frazione* della esecuzione ordinaria (35): l'intera esecuzione cautelare conseguente al sequestro si arresta al punto in cui è tolta al presunto debitore la disponibilità dei mobili sequestrati (e talvolta può fare anche un passo di più: art. 930 cpv. Cod. proc. civ.); ma se poi il giudizio principale dimostrerà che il credito sussiste, il sequestro si convertirà in pignoramento, ossia la esecuzione cautelare già perfezionata *varrà come prima tappa della esecuzione satisfattiva.*

Quanto si è detto finora ci permette di confermare che, in sostanza, in tutti i provvedimenti cautelari si ha un'*anticipazione ipotetica degli effetti del provvedimento* (o del processo: gruppo *a*) *principale*: se, infatti, in certi casi (gruppo *c*) si ha un'anticipazione degli effetti decisorî e quindi, mediatamente, della esecuzione satisfattiva, negli altri (gruppi *b*, *d*), si ha del pari un inizio anticipato di esecuzione satisfattiva in forma di esecuzione cautelare.

---

(34) Chiovenda, *Principii*, pag. 226.

(35) Di *principio di esecuzione* parla qui il Carnelutti, *Esecuzione*, I, n. 177, pag. 247. Secondo l'Allorio l'esecuzione cautelare, come esecuzione di una sanzione più leggera di quella principale, ha sempre nei confronti della esecuzione ordinaria, un carattere di maggior *tenuità* pratica.

CAPITOLO QUARTO

DIFFERENZE TRA PROVVEDIMENTI CAUTELARI E ISTITUTI AFFINI

SOMMARIO: 30. Azioni possessorie: si esclude il loro preteso carattere cautelare. — 31. La cosiddetta « provvisionale »: significati di questa espressione. — 32. Esame delle disposizioni contenute in argomento nel nostro diritto positivo: provvisionale in tema di alimenti e di giudizio di risarcimento. — 33. La pr. nelle controversie del lavoro. — 34. Conclusioni. — 35. Differenza tra provvedimenti cautelari e provvedimenti esecutivi con funzione conservativa. — 36. Esame casistico. — 37. Carattere cautelare della sentenza dichiarativa di fallimento. — 38. Provvedimenti su diritti cautelari precostituiti. — 39. L'azione revocatoria. — 40. Trascrizioni a scopo cautelare. — 41. L'ipoteca giudiziale. — 42. La condanna « generica » ai danni.

30. — Fissati così i più rilevanti caratteri dei provvedimenti cautelari, è opportuno passare in rassegna alcuni istituti, finora non menzionati, che per la loro finalità sono stati considerati da qualche autore, o potrebbero esserlo, come rientranti in questa categoria.

Cominciamo dalle *azioni possessorie*, nelle quali il CARNELUTTI (1) vede un caso tipico di « processo cautelare ».

Secondo la sua concezione, la tutela possessoria, disciplinata dagli artt. 694 e 695 Cod. civ., dovrebbe considerarsi, come quella che mira ad assicurare provvisoriamente il mantenimento dello stato di fatto in attesa della decisione definitiva sul rapporto giuridico controverso (*petitorio*), una forma di tutela cautelare, in tutto simile, se non mi inganno, ai casi da me precedentemente classificati nel gruppo *c*. La materia del giudizio, ossia, per adoprare la terminologia del CARNELUTTI, il conflitto di interessi (*lite*) che il giudice è chiamato a regolare, sarebbe, tanto nel giudizio possessorio quanto in quello petitorio, *lo stesso*; ma diversa sarebbe nei due processi la funzione del giudicante, il quale, mentre in petitorio mira all'accertamento del rapporto, in possessorio si limiterebbe a una « sistemazione di fatto » del mede-

(1) *Lezioni*, II, n. 80.

simo, e perciò « a una sistemazione provvisoria, in attesa, per quanto « ne persista il bisogno, dell'accertamento definitivo » (2). Passerebbe in tal modo, tra il giudizio possessorio e il giudizio petitorio, lo stesso rapporto che passa tra il processo cautelare e il processo definitivo di merito (3).

Non condivido questa opinione (4): perché, pur ammettendo che non esista un diritto soggettivo al possesso e che l'azione possessoria sia, come le azioni cautelari, una mera azione (5) volta non ad accertare un rapporto giuridico preesistente, ma a disciplinare un rapporto di fatto con effetti costitutivi *ope iudicis*, non riesco a vedere nei provvedimenti possessorî quel carattere di *strumentalità*, che, come ritengo, è essenziale e distintivo dei provvedimenti cautelari.

Indubbiamente nei procedimenti possessorî si riscontrano numerosi caratteri estrinseci che possono indurre l'osservatore superficiale a identificarli coi procedimenti cautelari: la urgenza della reintegrazione, che, per essere efficace, deve essere ordinata « sulla semplice « notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggiore celerità di « procedura » (art. 696 Cod. civ.) ci pone difronte a un processo semplificato e ad una cognizione sommaria affidata al giudice unico, in tutto simili, esteriormente, ad alcuni tipi di procedimento riscontrati in materia cautelare (specialmente al procedimento delle denuncie di nuova opera e di danno temuto). Date queste somiglianze di procedimento (le quali del resto si posson riscontrare in altri processi a cognizione sommaria, *anche non aventi scopo cautelare*, quali sono i cosiddetti accertamenti con prevalente funzione esecutiva), può parere altresì a prima vista che il rapporto che passa tra l'azione possessoria e quella petitoria sia analogo a quello che passa tra l'azione cautelare e l'azione definitiva; ma basta un po' di riflessione per rilevare differenze essenziali nel giuoco reciproco di queste due coppie d'azioni, le quali, nonostante le somiglianze formali, portano ad escludere ogni possibilità di una loro identificazione sistematica.

In verità il rapporto di strumentalità che passa tra il provvedimento cautelare e il provvedimento principale consiste, come già sappiamo, in questo: che il provvedimento cautelare non è mai fine a sé stesso, in quanto esso ha unicamente lo scopo di contribuire alla miglior riuscita del provvedimento principale, *in funzione di questo e nella ipotesi che questo riesca, a suo tempo, favorevole alla persona*

---

(2) Loc. cit., pag. 92.

(3) Loc. cit., pag. 109.

(4) Dello stesso avviso che esprimo nel testo è il Betti, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, pag. 214 nota 3; e, per diversi motivi, l'Allorio, scritto cit., pag. 26.

(5) Chiovenda, *Ist.*, I, pag. 25, lett. *f*.

che richiede frattanto la misura cautelare. Al contrario, la tutela possessoria esaurisce in sé stessa il proprio scopo: in quanto mira ad impedire le turbative dello stato di fatto e le reazioni individuali che queste provocherebbero, considerandole in sé stesse, come minaccia alla pace sociale e come infrazione dell'ordine giuridico, *e non in funzione del diritto che potrà esser fatto poi valere in sede petitoria.* In altre parole, mentre la tutela cautelare si accorda (e in questo consiste la sua strumentalità) *a colui che si prevede vincitore nel processo principale*, la tutela possessoria si accorda al molestato o allo spogliato, per il solo fatto della molestia o dello spoglio, senza esaminare, neanche in via di ipotesi delibativa, se costui abbia poi qualche probabilità di riuscir vincitore nella eventuale fase petitoria. Il provvedimento cautelare si dà a tutela (mediata) di un diritto, *nella supposizione che questo diritto esista*; il provvedimento possessorio si dà per il mantenimento o la reintegrazione di uno stato di fatto, *anche nella ipotesi che questo stato di fatto sia contrario al diritto.* In un giudizio di reintegrazione non giova all'autore dello spoglio dimostrare, magari con prove schiaccianti, di esser proprietario della cosa e quindi di esser colui a cui in definitiva ne spetterà il possesso: anche in questo caso la reintegrazione deve essere ordinata *contro il proprietario*, cioè per raggiungere un fine assolutamente opposto a quello che il proprietario potrà poi raggiungere attraverso la rivendicazione della cosa in sede petitoria. Se le azioni possessorie fossero, come sono i provvedimenti cautelari, dirette ad anticipare in via provvisoria i prevedibili effetti del provvedimento principale, la dimostrazione data, sia pure in via sommaria, dallo spogliatore di essere il proprietario della cosa, dovrebbe bastare, attraverso un calcolo di probabilità, a lasciarla in suo possesso fino all'esito del giudizio petitorio: viceversa, anche quando in base alle prove offerte sarebbe agevole fare questo calcolo delibativo di previsione, la reintegrazione interviene ugualmente, in senso contrario a quello che si può considerare il probabile esito del giudizio petitorio, e quindi non ad agevolare, ma anzi in un certo senso a render più difficile il provvedimento petitorio. Mentre il provvedimento cautelare mantiene o crea uno stato di fatto meglio confacente alla riuscita pratica del provvedimento principale, il provvedimento possessorio mira soltanto a mantenere o a reintegrare lo stato di fatto preesistente, anche se esso possa costituire un ostacolo per la sodisfazione del diritto: tanto è vero che il proprietario, dopo essere rimasto soccombente nel giudizio di reintegrazione, potrà poi ottenere, in previsione della lunga durata del giudizio petitorio, una misura cautelare (sequestro giudiziario) che tolga al possessore quella detenzione della cosa che il provvedimento possessorio gli ha restituito: il che dimostra, se non erro, non soltanto

che la reintegrazione possessoria non ha valore strumentale nei confronti della rivendicazione, ma che la misura cautelare appropriata alla rivendicazione deve molte volte necessariamente distruggere preliminarmente, a tutela del diritto, ciò che dalla misura possessoria è stato operato per la reintegrazione di uno stato di fatto *contrario al diritto.*

Il provvedimento possessorio è dunque un provvedimento in sé principale, in quanto raggiunge il suo scopo di difendere il possesso, come stato di fatto meritevole, *ne cives ad arma veniant,* di esser tutelato in sé, all'infuori di ogni indagine sul diritto. Quando si insegna che « il processo cautelare *non sta da solo* »(6), si dice cosa esattissima, ma non adattabile, a mio avviso, al processo possessorio, il quale, *anche se è seguito dal processo petitorio,* « sta da solo », in quanto si propone di impedire che alcuno, per modificare uno stato di fatto contrario al diritto, si faccia giustizia da sé invece di ricorrere alla autorità giudiziaria, e gli vieta, con un meccanismo processuale molto simile a quello del « *solve et repete* », di ricorrervi fino a che non sia ristabilito il rispetto dello stato di fatto da lui turbato (art. 445 Cod. proc. civ.). Talché, anche se il giudizio petitorio non segue, lo scopo di pacificazione sociale che il giudizio possessorio si propone è senz'altro raggiunto attraverso la manutenzione o attraverso la reintegrazione: diversamente da quello che accade se il giudizio principale non segue il giudizio cautelare, il quale, anche se eccezionalmente, come il Carnelutti suppone (7), può funzionare di per sé stesso come coazione psicologica sufficiente per indurre il debitore all'adempimento senza attendere la esecuzione forzata, si rivela anche in ciò come uno strumento per la soddisfazione del diritto, quale il giudizio possessorio non è mai difronte all'azione petitoria.

31. — Si può dubitare se tra i provvedimenti cautelari si debba annoverare la cosiddetta « provvisionale »: espressione, che, mentre serve in generale a indicar tutte le sentenze « che provvedono su do- « manda di misure cautelari o provvisorie » (8), serve in modo specifico (e questa più limitata eccezione si trova anche nella legge: cfr. oltre, nn. 32-33) a designare quel provvedimento col quale il giudice, mentre pende il giudizio sull'intero credito, condanna intanto il debitore a pagare al creditore una anticipazione sulla maggior somma che potrà risultare dovuta nella liquidazione definitiva (9).

---

(6) Carnelutti, loc. cit., pag. 107.

(7) Loc. cit.

(8) Chiovenda, *Ist.*, II, pag. 352.

(9) Cfr. Cristofolini (che fa rientrare la *provvisionale* tra gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva) in *Processo d'ingiunzione,* pag. 11, nota 2;

La « provvisionale », intesa in questo significato più ristretto, può essere teoricamente concepita (salvo indagare poi in qual modo la concepisca il nostro diritto positivo) in due modi diversi.

Si può anzitutto immaginare che, mentre pende o sta per iniziarsi il giudizio di cognizione ordinario su un'azione di condanna volta al pagamento di una somma di denaro non ancor liquidata, lo stato di urgente bisogno in cui si trova il creditore (perché, poniamo, si tratta di un credito di natura alimentare, di fronte al quale vale il principio che *venter non patitur dilationem*) consigli al giudice, riservando al definitivo di decidere con cognizione approfondita l'esistenza e l'ammontare del credito (*an debeatur* e *quantum debeatur*), di ordinare intanto al convenuto, per evitare il pericolo che l'attore soccomba nelle more del giudizio, il pagamento immediato e provvisorio di una anticipazione, stabilita in quella misura che, con un calcolo di verosimiglianza, si possa prevedere inferiore alla maggior somma che probabilmente risulterà dovuta nel giudizio definitivo. In tal caso la « provvisionale » assume indubbiamente tutti i caratteri di un vero provvedimento cautelare (gruppo *c*): è pronunciata in via di urgenza, per evitare i danni che deriverebbero dal ritardo del provvedimento principale, e nella ipotesi, basata su cognizione sommaria, che questo provvedimento sarà pronunciato in senso favorevole all'attore; in mancanza di che, il pagamento fatto a titolo di anticipazione provvisoria sul maggior credito preteso, si dimostrerà, in sede definitiva, *non dovuto*.

In secondo luogo la provvisionale può essere concepita, non come provvedimento provvisorio cautelare, ma come pronuncia *definitiva parziale* (*Teilurteil* del diritto germanico) (10) su quella porzione del credito, intorno alla quale il giudice abbia già elementi probatorî sufficienti per decidere con cognizione piena; mentre sul resto della domanda sia necessario il compimento di ulteriori atti istruttorî, in attesa dei quali la decisione definitiva sulla parte residua del credito debba essere necessariamente differita ad un momento ulteriore dello stesso processo, o, magari, ad un processo differente. Qui alla sentenza cosiddetta provvisionale mancano i caratteri essenziali del provvedimento cautelare e sopra tutto quel carattere ipotetico che lo distingue: intorno al capo deciso si forma un vero e proprio accertamento, idoneo ad acquistare in sé e per sé la efficacia del giudicato, e indipendente dall'esito del giudizio sugli altri capi riservati. Siamo dunque di fronte ad una applicazione del principio, secondo il quale

---

GATTI, in *Scuola positiva*, 1928, II, pag. 97 e segg., JAEGER, *Controversie ind. del lavoro*, 3ª ed., n. 158 e *Appendice*, n. 51.

(10) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Zivilpr.*, § 51, 3, pagg. 158-159.

il giudice, nella cognizione ordinaria, ha il potere di pronunciarsi con efficacia definitiva sui capi già maturi a decisione, e di rinviare la decisione su quelli intorno ai quali sia ancora necessaria la continuazione della istruttoria (11).

32. — In quale di questi due modi dev'essere concepita la provvisionale nel nostro diritto positivo? Indubbiamente possono esservi casi nei quali, tra il danno che potrebbe soffrire il sedicente creditore costretto ad ottenere la sodisfazione del credito fino alla pronuncia del provvedimento definitivo, e quello che potrebbe soffrire il preteso debitore costretto a pagare prima che esista contro di lui l'accertamento della sussistenza del debito, il primo si presenti *a priori* più considerevole del secondo, sì da rendere consigliabile una misura cautelare che dia immediata sodisfazione ad una parte della domanda dell'attore, quando ancora pende la cognizione ordinaria sulla totalità della domanda, *e quindi anche su quella parte della medesima che la provvisionale provvisoriamente accoglie.* Tale sembra essere il caso delle provvisionali in materia di alimenti, che la nostra giurisprudenza, seguendo una lunga tradizione storica basata sul principio *venter non patitur dilationem*, fonda con una certa larghezza interpretativa sull'art. 145 Cod. civ., e sul n. 8 dell'art. 363 Cod. proc. civ. (12).

Di provvisionale si parla nella dottrina e nella giurisprudenza anche in relazione ad altre due disposizioni del nostro diritto positivo: all'art. 489 Cod. proc. pen., secondo il quale « se il giudice penale « ritiene di non poter decidere sulla liquidazione dei danni, può con « la stessa sentenza di condanna assegnare alla parte civile *una somma « da imputarsi nella liquidazione definitiva* »; ed all'art. 18 del r. decr. 21 maggio 1934 n. 1073 sulle controversie individuali del lavoro, il quale stabilisce che « la sentenza definitiva può pure accordare *una « provvisionale* alla parte che l'abbia richiesta. La provvisionale può « anche essere accordata in corso di causa con la sentenza che dichiari

---

(11) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, III, n. 278 (*processo parziale*); *Esecuzione*, I, pag. 231 e pag. 236.

(12) Dico « con una certa larghezza interpetrativa », perché l'art. 145, letteralmente inteso, consentirebbe all'autorità giudiziaria non già di condannare al pagamento, anche parziale, degli alimenti prima di aver accertato la sussistenza del diritto; ma solo di porre in via d'urgenza la soddisfazione di questo diritto, già definitivamente accertato, « a carico di uno solo tra quelli che vi sono obbligati ». Né dall'art. 363 n. 8 si può letteralmente desumere altro che il potere del giudice di primo grado di dichiarar provvisoriamente esecutive le pronuncie su « assegnamenti provvisionali a titolo di alimenti »; ma non il potere di condannare ad una provvisionale cautelare a titolo di alimenti fuori del caso previsto dall'art. 145.

« l'esistenza del diritto sia pure limitatamente ad alcuno dei capi della « domanda. La sentenza appellabile può essere eseguita solo per ciò « che concerne la provvisionale. Tuttavia, quando vi sia pericolo nel « ritardo, il giudice può disporre che la sentenza sia provvisoriamente « eseguita nonostante appello. Se si tratti di condanna al pagamento « di una somma di danaro, l'esecuzione provvisoria è fatta mediante « deposito vincolato presso un ufficio postale o un istituto di credito « indicati nella sentenza medesima ».

Nell'art. 489 Cod. proc. pen. mi par di poter senz'altro escludere che la assegnazione della somma « da imputarsi nella liquidazione « definitiva » abbia carattere di provvedimento cautelare: manca infatti in questo articolo, tra le condizioni che si richiedono per tale assegnazione, ogni richiamo al bisogno del creditore, che le dia il carattere di una anticipazione provvisoria, non dilazionabile senza danno del creditore, e per questo basata su un giudizio sommario di verosimiglianza *anziché su un accertamento definitivo e completo.* Nell'art. 489 Cod. proc. pen., la frase « somma *da imputarsi* nella « liquidazione definitiva » fa chiaramente intendere, a mio avviso, che il giudice penale può procedere a questa liquidazione *parziale* solo quando abbia elementi sufficienti per accertare *una parte* del danno, lasciando l'accertamento *del di più* alla fase successiva, nella quale tuttavia l'accertamento parziale non potrà più esser rimesso in discussione e conserverà i suoi effetti preclusivi, nel senso che, in sede di liquidazione definitiva, non si potrà mai assegnare al danneggiato una somma inferiore a quella assegnatagli colla liquidazione parziale.

33. — Più complicato è il testo dell'art. 18 del decreto sulle controversie del lavoro, il quale sotto il nome di « provvisionale » regola due istituti tra loro sostanzialmente diversi, nessuno dei quali coincide colla provvisionale cautelare intesa in senso stretto.

a) In primo luogo l'art. 18 regola, col nome di « provvisionale », un caso di *esecuzione provvisoria parziale*; in quanto consente che una sentenza *definitiva ma appellabile* (una sentenza di primo grado, che abbia deciso interamente il merito, sull'*an* e sul *quantum* del credito), accordi una provvisionale al solo effetto di concedere su questa la esecuzione provvisoria, mentre il resto della condanna deve rimaner soggetto all'effetto sospensivo dell'appello. Qui dunque la provvisionale *altro non è che una clausola di provvisoria esecuzione, concessa, invece che per la totalità della condanna definitiva di primo grado, per una parte di essa.* Vero è che, per lo stesso articolo, la esecuzione provvisoria può esser concessa, indipendentemente dalla provvisionale o per la parte eccedente la provvisionale, « quando vi sia pericolo nel « ritardo »; ma in questo caso la esecuzione provvisoria ha scopo diverso

da quello a cui mira quella attinente alla provvisionale. Infatti, mentre la esecuzione provvisoria della provvisionale mira ad evitare il danno che potrebbe derivare al creditore, vincitore in primo grado, dal veder differita fino all'esito del giudizio di appello la sodisfazione anche parziale del suo diritto, la esecuzione provvisoria concessa per la totalità non mira ad accelerare la sodisfazione (parziale) del credito, ma ad assicurare il creditore, vincente in primo grado, che, *se la sentenza sarà confermata in appello*, questo ritardo non renderà più disagevole la sodisfazione del suo credito, perché si troverà conservato il denaro occorrente a sodisfarlo in quel deposito vincolato che lo stesso art. 18 prescrive, e che basta a dimostrare come in questo caso alla clausola di provvisoria esecuzione manchi quello scopo di accelerare la sodisfazione del credito, che ha invece la esecuzione provvisoria della provvisionale.

Si tratta, come si vede, di due forme di provvisoria esecuzione, volte a due fini diversi: la cosiddetta « provvisionale » mira ad accelerare la sodisfazione parziale del credito, in vista di considerazioni di opportunità, tra cui può rientrare anche la valutazione del danno che il creditore potrebbe soffrire dal ritardo del pagamento (e in questo senso essa rientra fra i casi di esecuzione provvisoria esaminati nel gruppo *c*); mentre la esecuzione provvisoria totale, data « quando « vi sia pericolo nel ritardo », mira a conservare, mediante il deposito vincolato, i mezzi occorrenti per render praticamente efficace, in caso di conferma in appello, la condanna definitiva, e come tale può esser considerata tra le misure cautelari del gruppo *b*, in quanto opera, sul denaro occorrente per la esecuzione della condanna, una specie di sequestro conservativo, che trova già nella sentenza di primo grado l'accertamento (non ancora irrevocabile, perché soggetto al riesame del giudice d'appello) dell'esistenza del credito (cfr. n. 13).

b) In secondo luogo, lo stesso art. 18, ammettendo che la provvisionale possa essere accordata anche « in corso di causa con la « sentenza che dichiari la esistenza del diritto sia pure limitatamente « ad alcuno dei capi della domanda », coordina all'istituto della esecuzione provvisoria quello della *pronuncia definitiva parziale*, emessa in corso di causa sui capi già maturi a decisione. Qui la provvisionale non ha carattere cautelare, in quanto costituisce, su una parte della domanda, decisione definitiva di merito (sia pur soggetta ad appello): il carattere cautelare può derivarle soltanto dal fatto che a questa decisione definitiva parziale si accompagni, per la disposizione già vista sub *a*, la provvisoria esecuzione, nel qual caso la provvisionale viene ad essere una *pronuncia definitiva parziale munita di provvisoria esecutorietà.*

34. — In conclusione, mi pare che nessuna delle disposizioni sopra esaminate consacri nel nostro diritto quella provvisionale in senso stretto, per la quale solo in tema di alimenti si può trovare qualche testuale giustificazione nel nostro diritto positivo. Ritengo pertanto che una certa tendenza della nostra giurisprudenza a considerare la provvisionale come un istituto cautelare generale, ammissibile, ovunque se ne ravvisi la necessità o perfino la semplice opportunità anche fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, sia, *iure condito*, aberrante. Dato il carattere eccezionale dei provvedimenti cautelari (*retro*, n. 17), mi pare, se la giustizia non si deve confondere colla beneficenza, che al giudice non si possa riconoscere il potere generico di condannare il convenuto, solo perché l'attore si trovi in condizioni di indigenza, al pagamento di un'anticipazione provvisoria, mentre è ancora pendente in primo grado l'accertamento sulla totalità della pretesa. Sopra tutto mi pare pericolosa la pratica invalsa nei giudizî per risarcimento di danni di accompagnare la cosiddetta « condanna generica », che accerta la esistenza del credito (*an debeatur*) ma non il suo ammontare (*quantum debeatur*), con una provvisionale sulla somma che in sede di liquidazione si prevede possa risultare dovuta al danneggiato. La giurisprudenza è costante nel ritenere che il passaggio in giudicato della condanna « generica » ai danni non impedisca al giudice della liquidazione di accertare che nessun danno risarcibile esiste in concreto, e che quindi il risarcimento dovuto al preteso danneggiato si riduce a zero: se questo principio si tien fermo, è evidente che la provvisionale assegnata nel giudizio sull'*an debeatur* e destinata a cadere quando l'esito del giudizio sul *quantum* sia negativo, e che essa ha tutti i caratteri di un provvedimento cautelare emanato in via di urgenza, *nell'ipotesi* che il giudizio definitivo di liquidazione riesca favorevole al richiedente. Ma, se così è, questa pratica è contraria alla legge: perché, lo ripetiamo, nessuna disposizione autorizza questa assegnazione provvisoria basata su un giudizio di mera probabilità, qual'è la condanna « generica » ai danni (13).

Se poi, viceversa, si ritenga che la provvisionale pronunciata a complemento della condanna generica ai danni significhi che il giudice dell'*an debeatur*, pur rinviando a separata sede la liquidazione del *plus*, si è intanto convinto con cognizione piena che il risarcimento è *definitivamente* dovuto almeno fino alla somma fissata colla provvisionale (com'è testualmente prescritto nel sopra ricordato art. 489 Cod. proc. pen.), allora questa cosiddetta « provvisionale » non è in realtà,

---

(13) Cfr. su questo argomento il mio scritto *La condanna generica ai danni*, nei miei *Studi*, III, pag. 221 e segg.; e CARNELUTTI, *Esecuzione*, I, n. 111, pag. 231, e n. 113, pag. 236.

come si è dimostrato, che una *condanna definitiva parziale*, che dev'esser pronunciata in base al semplice interesse e non in considerazione di uno speciale *periculum in mora*, e alla quale manca di conseguenza ogni carattere cautelare; ma, ove così si concepisca l'istituto, bisognerà per forza ritenere che il giudice dell'*an debeatur* non possa ricorrervi se non quando abbia la prova piena dell'esistenza del danno almeno fino a quella misura, e che al giudice della liquidazione resti precluso ogni riesame su quel capo, che la sentenza definitiva parziale ha ormai irrevocabilmente deciso.

35. — Per aver completo il quadro delle differenze che distinguono i provvedimenti cautelari da altri provvedimenti coi quali potrebbero, per certe somiglianze estrinseche, andar confusi, è necessario trovare il criterio di differenziazione tra le vere misure cautelari e certe misure conservative che, nel corso del processo esecutivo, possono aver lo scopo di rendere indisponibili i beni su cui cade l'esecuzione forzata.

È noto che il processo esecutivo raggiunge il suo scopo non in un sol tratto, ma in una serie di tratti successivi, attraverso i quali si opera gradualmente nella sfera giuridica del debitore una invasione sempre più profonda: così, per prendere l'esempio del processo di espropriazione mobiliare, vediamo che in esso l'energia accumulata nell'organo esecutivo, anziché scaricarsi tutta in una volta, si manifesta in una serie di interventi successivi e coordinati, ognuno dei quali produce sul diritto sostanziale un suo proprio effetto, che, se costituisce un passo verso la sodisfazione finale del credito, ha anche, considerato in sé stesso, una sua propria rilevanza giuridica: il pignoramento, l'ordine di vendita, la vendita ai pubblici incanti, la distribuzione del prezzo sono altrettante tappe verso il compimento della esecuzione forzata, ma sono anche altrettanti provvedimenti esecutivi, ognuno dei quali, incalzando sul precedente, incide in modo sempre più profondo nel patrimonio del debitore (14).

Tra questi provvedimenti che appaiono disseminati, per così dire, lungo il cammino della esecuzione forzata, alcuni, come sarebbe in modo tipico il pignoramento, mirano a togliere al debitore la disponibilità dei beni destinati ad essere espropriati, e così ad impedire la alienazione o in generale la dispersione dei beni che in momento successivo dovranno costituire oggetto di vendita giudiziale. Appare qui una finalità assicurativa, simile a quella del sequestro conservativo: talmente simile, che chi si mette a confrontare gli effetti del sequestro conservativo con quelli del pignoramento, avulso dal processo ese-

(14) Cfr. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, n. 29, in *Studi di dir. proc.*, II, pagg. 266-267.

cutivo di cui fa parte e considerato in sé come provvedimento isolato, può esser tratto a concludere che qui, sotto una diversità dei nomi puramente verbale, si riscontri in realtà, più che una somiglianza, una assoluta identità di istituti (cfr. art. 930 Cod. proc. civ.).

Qual'è dunque la differenza sostanziale che passa tra il sequestro e il pignoramento? (15)

A questa domanda, che pone in relazione a due tipi specificati di provvedimento il problema più generico della differenza tra *provvedimenti cautelari* e *provvedimenti esecutivi con effetto conservativo*, non mi pare che si possa rispondere col rilevare soltanto la differente collocazione esteriore, e quasi si potrebbe dire la differente inserzione cronologica, dei due provvedimenti nel processo di cui rispettivamente fanno parte: che per il sequestro sarebbe *alla fine* del processo cautelare (il quale, colla esecuzione del sequestro, *si esaurisce*) mentre per il pignoramento sarebbe *nel corso* del processo esecutivo (il quale, dopo il pignoramento, *continua*) (16). In verità questa differenza, che sembra a prima vista così semplice e netta, sfuma fino a rivelarsi illusoria quando si cerchi di approfondire la sostanza che c'è sotto: dato il carattere puramente strumentale del sequestro, la esecuzione del medesimo, se esaurisce il processo cautelare, funziona però, in ipotesi, come preparazione, *ed anzi come inizio anticipato*, di un processo esecutivo che si prevede debba seguire; come viceversa, il pignoramento, se si considera nella sua funzione immediata di rendere indisponibili le cose pignorate, esaurisce in sé stesso il proprio fine assicurativo, al quale serve appunto quella fase processuale, che col pignoramento si conchiude. L'esecuzione del sequestro, se è definitiva come esecuzione del provvedimento cautelare, funziona in realtà come *prima fase anticipata* della esecuzione volta alla sodisfazione del credito. In sostanza, se la differenza tra pignoramento e sequestro si va a cercare nella maggiore o minore distanza che passa tra il provve-

---

(15) Cfr. CARNELUTTI, *Esecuzione*, II, pag. 17; e in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, pag. 159 e segg., e specialmente pag. 171. Cfr. ora anche CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento* (giuntomi mentre correggo le bozze), Padova, 1936, pagg. 20-21, note 1 e 2.

(16) Cfr. CARNELUTTI, nota cit., pag. 171 « Preso in sé il sequestro non differisce in nulla dal pignoramento: anche il pignoramento serve a conservare la « cosa, come il sequestro; anche il sequestro si esegue nel modo stesso del pignoramento. Ma si tratta dell'uno o dell'altro, secondo che il processo tenda a una « composizione provvisoria o una composizione definitiva della lite; e perciò la « differenza *si scorge da quello che vien dopo*: infatti col sequestro il processo « (esecutivo) si esaurisce; invece col pignoramento si inizia e poi continua; il sequestro è un intero processo esecutivo (cautelare), il pignoramento è una fase « del processo esecutivo definitivo ».

dimento assicurativo e la susseguente esecuzione forzata, nella maggiore o minore aderenza della saldatura tra la fase assicurativa e la fase esecutiva, si rischia di dimenticare, per occuparsi soltanto di « quello che vien dopo », di dare il giusto valore differenziale a *ciò che vien prima*: che, secondo me, è ciò che veramente conta agli effetti della differenziazione.

Se il provvedimento che rende indisponibili i beni del debitore si considera come la prima tappa verso la espropriazione, è certo che questa prima tappa si compie cogli stessi effetti pratici tanto col pignoramento quanto col sequestro: tutt'e due si fermano allo stesso punto; e quando verrà il momento di riprendere il cammino verso la meta ultima, che è sempre quella della sodisfazione del credito, tanto il sequestrante quanto il pignorante si troveranno alla stessa distanza da quella meta (17). Ma la differenza è un'altra: che mentre il pignorante è sicuro di poter riprendere il cammino, e può riprenderlo, se vuole, anche subito, *perché è munito del titolo esecutivo*, il sequestrante, pur avendo fatto la stessa strada del pignorante, non sa se potrà continuare il viaggio, perché gli manca finora l'accertamento definitivo del suo diritto. Sono come due viaggiatori che vogliono ugualmente andare all'estero, e che hanno fatto la loro prima fermata alla medesima stazione di confine; ma il pignorante ha il passaporto in tasca, e il sequestrante attende ancora che la polizia glielo conceda!

Per uscir di metafora, si pignora *perché si ha l'azione esecutiva*, si sequestra *in attesa e nell'ipotesi di poter avere l'azione esecutiva* (definitiva): la differenza essenziale è data dunque da qualche cosa che sta *prima* del pignoramento o del sequestro, cioè dalla esistenza di quel titolo esecutivo, che quando si pignora è già stato conseguito, mentre quando si sequestra è soltanto *supposto*.

Affiora dunque, anche qui, quel carattere di *strumentalità ipotetica* che è esclusivo dei provvedimenti cautelari; in base al quale si può concludere che la differenza tra i provvedimenti cautelari e i provvedimenti esecutivi con funzione assicurativa, è essenzialmente questa: che mentre questi sono presi per assicurare una esecuzione forzata di cui già esiste il titolo, quelli sono presi per assicurare una esecuzione forzata il cui titolo è ancora *sub judice*.

Né mi pare che la regola, secondo la quale il pignoramento presuppone il titolo esecutivo, possa essere indebolita dal cpv. dell'art. 568 Cod. proc. civ., il quale, stabilendo che, se il debito « è di specie non « liquidata e di effetti non stimati, non si può procedere alla vendita « dei beni... finché non sia seguita la liquidazione o fatta la stima »,

---

(17) Cfr. Coniglio, *Sequestro*, n. 206, pag. 473.

viene con questo ad ammettere implicitamente che *intanto si possa procedere al pignoramento*. Non mi pare che qui il pignoramento si possa considerare come un caso di esecuzione senza titolo: il titolo esecutivo c'è, ma poiché esso rappresenta un credito liquido avente per oggetto cose diverse dal denaro, la legge, in attesa che il credito sia convertito in danaro, permette che in base a questo titolo si compia intanto quel primo passo verso la espropriazione (pignoramento) per il quale il requisito della conversione in danaro non è così indispensabile come per la vendita (18). Ma se altri pensasse che qui il pignoramento si fa in realtà senza titolo, perché il titolo ha tra i suoi requisiti essenziali la completezza, e titolo incompleto equivale a titolo inesistente, allora si dovrebbe concludere che il pignoramento, implicitamente permesso dal cpv. dell'art. 568, ha in realtà la natura di un sequestro, cioè di una misura conservativa concessa in attesa del completamento del titolo per la esecuzione. Insomma, se si ritenesse che qui il titolo esecutivo ancora non ci sia, non si dovrebbe a mio avviso trarre da questa disposizione argomento per concludere che l'esecuzione si può cominciare anche prima che sia creato il titolo (19), ma, casomai, argomento per attribuire al pignoramento, eseguito in pendenza di liquidazione, carattere meramente cautelare.

36. — I criterî posti fin qui bastano a spiegare, senza bisogno di lungo commento, la ragione per la quale credo di dover escludere dal novero delle misure cautelari i provvedimenti seguenti, nonostante che la loro denominazione possa trarre in inganno.

a) È un provvedimento esecutivo, e non un provvedimento cautelare, quell'*autorizzazione al pignoramento immediato* che il pretore competente può dare, per l'art. 578 Cod. proc. civ. « quando vi « sia giusto motivo di danno del ritardo » (20). Quantunque questo provvedimento presupponga la constatazione sommaria del pericolo, manca ad esso ogni carattere di previsione ipotetica del diritto, che è già accertato: si tratta dunque di un caso di accelerazione per ragioni di urgenza della esecuzione definitiva. Quando poi la disposizione di questo art. 578 è applicata al provvedimento ingiunzionale (com'è consentito dall'art. 4 cpv. ult. del r. decr. 24 luglio 1922 n. 1036), si ha ugualmente un provvedimento esecutivo, che ha la particolarità di essere emanato in base a un titolo esecutivo provvisorio (sommario).

---

(18) CARNELUTTI, *Esecuzione*, II, n. 122 *a*.

(19) Cfr. lo stesso CARNELUTTI, nota cit., pag. 167; nel senso da me sostenuto, ANDRIOLI, *La funzione del creditore nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, in *Foro it.*, 1934, pag. 5 dell'estr.

(20) Cfr. CARNELUTTI, *Esecuzione*, II, n. 233.

b) È un provvedimento esecutivo della stessa natura (pignoramento in base a titolo esecutivo provvisorio, creato con cognizione abbreviata) il cosiddetto « sequestro » dell'autoveicolo soggetto a privilegio, che il pretore può ordinare in base all'art. 7 del decr. legge 25 marzo 1927 n. 436 (cfr. però, per il sequestro dell'art. 8, *retro*, pag. 36) (21). Lo stesso ragionamento si può ripetere per l'« ordine di « sequestro » che il creditore agrario può chiedere al pretore per l'art. 11 della l. 5 luglio 1928 n. 1760 sul credito agrario (22).

c) Ha natura esecutiva e non cautelare l'*ordine di sequestro dell'immobile* che il Tribunale può emettere nel caso dell'art. 2085 Cod. civ. (23); e, per analoghe considerazioni, il sequestro immobiliare regolato con norme speciali a favore degli Istituti di credito fondiario dell'art. 45 del t. u. 16 luglio 1905 n. 646.

d) In particolare, ha carattere esecutivo (satisfattorio) e non cautelare la immissione nel possesso dell'immobile ipotecato che i predetti Istituti possono chiedere, in base all'art. 41 dello stesso t. u., allo scopo di percepire direttamente le rendite e i frutti e in questo modo sodisfare direttamente il loro credito per semestralità maturate, al pagamento delle quali il debitore sia in mora (istituto che il *Prog.* Carnelutti, art. 563 e segg., aveva introdotto nel processo esecutivo ordinario colla denominazione di « usufrutto forzato di beni immobili »; e a favore del quale il Congresso di diritto agrario, tenuto a Firenze nell'ottobre 1935, si è, su mia proposta, pronunciato, qualificandolo « anticresi forzata ») (24).

e) Lo stesso si può dire del sequestro delle opere costituenti violazione del diritto d'autore e del diritto di privativa (artt. 65-66 l. 7 novembre 1925, n. 1950; art. 115 r. decr. 13 settembre 1934 n. 1602), attraverso il quale l'autore o l'inventore si sodisfa nel suo diritto di impedirne l'uso finché dura a suo favore la protezione della legge (esecuzione forzata di una obbligazione di non fare).

---

(21) Cfr. Carnelutti, *Esecuzione*, I, n. 115; Andrioli, scritto cit., pag. 5 dell'estr. Lo considerano come un caso di provvedimento puramente esecutivo (escludendo anche che vi sia una cognizione sommaria): Betti, *Dir. proc. civ.*, pagg. 760-61, nota; Cristofolini, *Processo di ingiunzione*, n. 19, pag. 63 e segg.; Carnacini, *Pignoramento*, pag. 44 nota 1 (lo stesso per il « sequestro » in tema di credito agrario).

(22) Cfr. Rossi, *Il sequestro conservativo e la legge sul cr. agrario*, in *Riv. dir. agrario*, 1932, II, 60.

(23) Carnelutti, II, n. 234; Cristofolini, *op. cit.*, nota 4 a pag. 9; Carnacini, *Pignoramento*, pagg. 20-21, nota 2. *Contra*, Chiovenda, *Ist.*, I, pag. 253 *B*. Di « misura cautelare » parla, a proposito del sequestro ex art. 2085, il Bracci, in *Studi in onore di F. Virgilii* (Siena, 1935), pag. 513.

(24) Cfr. Carnacini, *Pignoramento*, n. 10.

f) Degli scopi mediatamente esecutivi che può avere il sequestro previsto dall'art. 133 Cod. civ. si è già detto (*retro*, n. 13 in fine).

37. — Per considerazioni analoghe, ma applicate in senso inverso, ritengo che abbia natura cautelare e non esecutiva la sentenza che dichiara il fallimento; e aderisco così, tra le varie opinioni sostenute in dottrina intorno a questo dibattutissimo argomento, a quella che è oggi autorevolmente rappresentata dal CANDIAN (25) e di cui già nell'insegnamento del CHIOVENDA si trova il primo spunto (26).

Poiché ho già avuto occasione di esporre altrove (27) le ragioni che giustificano questa mia adesione alla opinione del CANDIAN, posso limitarmi qui a riassumere le conclusioni alle quali mi pare si possa giungere, quando si inquadri la sentenza dichiarativa di fallimento nel sistema dei provvedimenti cautelari.

Ritengo innanzi tutto che la dichiarazione di fallimento sia un vero e proprio atto di cognizione, cioè, non solo nella forma ma anche nel contenuto, una vera e propria sentenza (costitutiva), colla quale il Tribunale, verificata la coincidenza delle circostanze concrete con la fattispecie legale al cui accertamento giudiziale la norma (art. 683 Cod. comm.) ricollega la produzione di determinati effetti giuridici, costituisce a carico del fallito una *soggezione* processuale che prima della sentenza non esisteva (28). Per chi, come lo scrivente, ritiene che non si possa parlare per il processo esecutivo di accertamento e di istruzione nello stesso senso, proprio e specifico, in cui se ne parla per il processo di cognizione, la sentenza dichiarativa di fallimento appare come un atto di cognizione in senso proprio, cioè come un atto con cui il Tribunale *giudica*, paragonando la legge al caso concreto e individuandone deduttivamente la volontà. Ci troviamo, insomma, di fronte a una sentenza costitutiva necessaria, simile, per es., alla sentenza di interdizione: ancor più simile, per le sue premesse logiche e per i suoi effetti, ai provvedimenti cautelari di *cognizione*, di cui già conosciamo le note caratteristiche (*retro*, n. 26). Né questa natura di atto di cognizione, che mi par indubitabile nella sentenza dichiarativa, e che viene unanimamente riconosciuta quando essa, previa citazione del debitore, sia ottenuta dal creditore nelle forme del processo ordi-

---

(25) *Sentenza dichiarativa di fallimento e processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, pag. 234 e segg.; e successivamente nel volume *Il processo di fallimento* (Padova, 1934), nn. 22-31.

(26) *Principii*, pag. 234; *Ist.*, I, pag. 258 *G.*

(27) *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, parte I[a].

(28) Cfr. INVREA, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 534 e segg. (specialmente n. 9); BRUNETTI A., nella stessa *Riv.*, 1935, I, pag. 434 e segg. (specialmente n. 4).

nario (29), può esserle negata quando il fallimento è dichiarato nelle forme abbreviate previste dal Codice di commercio (art. 684). Tra la sentenza dichiarativa pronunciata « sulla dichiarazione del fallito, o ad « istanza di uno o più creditori, o di ufficio » e quella pronunciata, previa citazione del debitore, nelle forme del processo ordinario, passa la stessa differenza che si rileva tra il sequestro conservativo richiesto mediante ricorso e concesso per decreto (art. 925 Cod. proc. civ.), e lo stesso sequestro richiesto mediante citazione e concesso per sentenza (30): sono due provvedimenti di cognizione, identici nei loro effetti, che si differenziano soltanto nella loro formazione, in quanto il primo è emanato in base a una cognizione abbreviata (sommaria), mentre il secondo presuppone lo svolgimento della cognizione ordinaria. Il parallelismo tra le due figure trova una ulteriore conferma in ciò: che come alla concessione del sequestro per decreto deve seguire il giudizio di convalida in contraddittorio col sequestrato, così alla dichiarazione di fallimento pronunciata nelle forme del Codice di commercio può seguire il giudizio in contraddittorio provocato dalla opposizione del fallito (art. 693 Cod. comm.); si tratta in ambedue i casi (pur variando la parte su cui cade l'onere di provocare questo ulteriore riesame in contraddittorio) di quella fase di cognizione ordinaria posticipata, che si riscontra in quasi tutte le figure di procedimento « sommario ». La sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata nelle forme del Codice di commercio è dunque un provvedimento di cognizione preso in via sommaria, con posticipazione facoltativa, a carico del fallito, della cognizione ordinaria in contraddittorio (31).

La sentenza dichiarativa di fallimento è *prima di tutto*, un provvedimento *di cognizione cautelare*: essa infatti non è altro, nei suoi effetti patrimoniali, che un sequestro conservativo generale (32), cioè un sequestro conservativo di tutto il patrimonio del fallito, preordinato ad evitare che i creditori si trovino, a causa del ritardo, messi nella impossibilità di esperimentare contro di lui, in modo altrettanto efficace, la esecuzione forzata. È dunque un provvedimento d'urgenza, volto ad assicurare la futura esecuzione forzata (gruppo *b*), la cui pratica efficacia potrebbe trovarsi distrutta o menomata dall'indugio. C'è anche qui il presupposto del *periculum in mora*, il quale, in vista della presunta insufficienza del patrimonio a coprire le passività, non è soltanto costituito dalla minaccia di dispersioni patrimoniali che il

---

(29) CARNELUTTI, scritto cit., pag. 159.

(30) Cfr. *retro*, pag. 206, nota 6.

(31) Cfr. INVREA, scritto cit., n. 8.

(32) Cfr. in proposito, in vario senso, PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* (Milano, 1935), pag. 156; BRUNETTI A., scritto cit., pag. 450 e segg.

debitore possa, nel ritardo, compiere a danno dei singoli creditori, ma altresì della minaccia che, profittando del ritardo, qualche creditore più sollecito arrivi a sodisfarsi sui beni del debitore a danno degli altri creditori (che rischierebbero di rimanere incapienti), e che in questo modo sia alterata la *par conditio creditorum* nel senso di render per alcuni meno efficace che per altri la esecuzione forzata. La dichiarazione di fallimento è dunque preordinata ad assicurare non tanto il rendimento pratico individuale della esecuzione forzata, quanto ad assicurare che l'esecuzione forzata abbia lo stesso rendimento pratico per tutti i creditori.

Che la dichiarazione di fallimento abbia natura cautelare e non natura esecutiva, si desume, del resto, assai semplicemente dal considerare che, quando essa è pronunciata, l'esistenza di creditori, aventi diritto a partecipare al reparto, non è accertata, ma semplicemente *supposta*. Il sequestro generale del patrimonio del fallito non è, come il pignoramento, il primo passo verso la esecuzione forzata di crediti già riconosciuti, ma è una misura interinale volta *a dar tempo* ai creditori di far accertare nel giudizio di verificazione l'esistenza dei loro diritti e di conseguire così quel titolo esecutivo concorsuale che, al momento in cui il fallimento è stato dichiarato, essi non avevano ancora: tanto è vero che, se nel giudizio di verifica nessun creditore si presenta o se, in seguito a contestazione, tutte le domande di ammissione al passivo sono respinte, il fallimento si chiude per mancanza di passivo, allo stesso modo con cui il sequestro conservativo viene a cadere quando nel giudizio principale si dimostra che il preteso credito del sequestrante non sussiste. C'è dunque anche nella dichiarazione di fallimento quella *strumentalità ipotetica* che è il carattere rivelatore dei provvedimenti cautelari: si conserva provvisoriamente il patrimonio del fallito per assicurare la futura esecuzione forzata, *per l'ipotesi che nel successivo giudizio di cognizione* (verificazione) *risulti l'esistenza di aventi diritto a partecipare a tale esecuzione* (33).

Né l'analogia della sentenza dichiarativa di fallimento col sequestro singolare vien meno soltanto perché, mentre nel sequestro si hanno due provvedimenti distinti, quello che concede il sequestro e quello con cui il sequestro si esegue, la sentenza dichiarativa produce

---

(33) Il carattere cautelare della sentenza dichiarativa di fallimento non vien meno neanche se si considera il fallimento come espressione di una *azione concorsuale collettiva*, come fa l'ANDRIOLI, nel notevole scritto *La posizione del creditore nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, pubblicato sul *Foro it.* del 1934; su tale scritto, come su altre opinioni non ricordate nel testo, cfr. più ampia discussione nel mio articolo già ricordato su *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare.*

immediatamente su tutto il patrimonio quello stato di indisponibilità che il sequestro individuale produce sui soli beni sequestrati attraverso un separato provvedimento di esecuzione cautelare; o perché, mentre il sequestro individuale è di solito concesso in un processo separato da quello principale, nel processo fallimentare la fase cautelare è saldata, senza soluzione di continuità, alla fase di cognizione sul merito (giudizio di verificazione dei crediti), che a sua volta è immediatamente seguita dalla fase esecutiva.

La prima differenza non menoma in alcun modo lo scopo cautelare della sentenza dichiarativa: dato che, trattandosi di sequestro generale di tutto il patrimonio, non vi è qui bisogno di quella individuazione dei beni da sequestrare che nel sequestro conservativo può essere operata soltanto al momento della esecuzione del sequestro (34), la sentenza dichiarativa cumula in un atto formalmente unico quei due momenti cautelari ai quali nel procedimento di sequestro corrispondono due provvedimenti separati: essa è, in sostanza, la somma di un provvedimento di cognizione cautelare (ordinaria o sommaria, secondo i casi già visti) con un provvedimento di esecuzione cautelare (35), con un fenomeno analogo a quello che può verificarsi in tutti quei casi di sentenze « ogggettivamente complesse », in cui, per attuare gli effetti giuridici basati sull'accertamento, non è indispensabile l'impiego della forza materiale (36).

E neanche la seconda differenza ha carattere sostanziale. È noto che anche il sequestro conservativo, anziché in un processo autonomo, può esser concesso come incidente (art. 927 Cod. proc. civ.) nel processo principale di cognizione; e a nessuno verrà in mente di sostenere che esso perda per questo il suo carattere cautelare. In realtà, chi vuol vedere nella sentenza dichiarativa un provvedimento esecutivo solo perché, essa « è il primo di una serie di atti, che mettono capo alla « espropriazione e alla consegna del ricavo ai creditori » (37), dà maggior valore, secondo un criterio sistematico rispettabilissimo ma non condiviso dallo scrivente, alla nozione di processo, che a quella, secondo me preminente, di provvedimento; e ritiene, poiché il processo fallimentare una volta messo in modo può portare senza apparenti soluzioni di continuità alla espropriazione, che tutto questo processo, concepito come organismo unitario, avente, come si dice, una sua

---

(34) Cfr. CANDIAN, *Processo di fallimento*, n. 229; INVREA, scritto cit., pag. 543.

(35) Cfr., per una costruzione somigliante, lo stesso CARNELUTTI, scritto cit., pag. 159.

(36) Cfr. CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 261; e il mio scritto *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi*, III, pag. 19 e segg.

(37) CARNELUTTI, scritto cit., pag. 171.

« funzione », debba necessariamente aver natura esecutiva fino da principio, solo perché la esecuzione è il suo punto di arrivo. Secondo me invece il processo, come serie di atti che precedono il provvedimento giurisdizionale, non ha altra funzione che quella di preparare il provvedimento; e di ogni provvedimento si devono esaminare separatamente gli effetti sostanziali, e in base a questi determinare la natura o « funzione », che è natura e funzione del provvedimento e non del processo; onde non è infrequente che nel corso di uno stesso processo, formalmente unico (come sarebbe il processo fallimentare) nascano in momenti successivi provvedimenti di natura diversa, e che, per esempio, il provvedimento iniziale di un processo abbia carattere cautelare, nonostante che il processo, continuando, sia destinato a dar vita, come suo resultato ultimo, a un provvedimento finale di carattere esecutivo. Anche qui il CHIOVENDA, in poche righe incisive, ha detto tutto: « Il processo di fallimento *è complesso*. In esso si presenta « l'attuazione della volontà della legge in tutte le sue varie forme: « cognizione, conservazione, esecuzione; *è naturale che la funzione « di conservazione si manifesti per prima* » (38).

Anche nel processo fallimentare si verifica quel fenomeno, già rilevato nello stabilire le differenze tra sequestro (cautelare) e pignoramento (esecutivo), per il quale, ove si accerti in un momento successivo la esistenza di quel diritto che la misura cautelare suppone, questa si converte in misura esecutiva: questa conversione del sequestro generale (cautelare) in pignoramento generale (esecutivo) avviene automaticamente, e senza distacco apparente nel processo fallimentare; ma che essa sia condizionata all'esito del giudizio di verifica dei crediti (come per il sequestro conservativo è condizionata all'esito della causa principale) mi par che resulti perfino testualmente dall'art. 793 Cod. proc. civ., il quale, stabilendo che la liquidazione dell'attivo (che è funzione esecutiva) non possa essere iniziata se non trascorsi dieci giorni dalla pronuncia della sentenza sulle contestazioni (art. 765 Cod. comm.), lascia chiaramente intendere che fino a quel momento la funzione del curatore ha natura *schiettamente conservativa* (39).

38. — Per esaurire la nostra rassegna, dobbiamo infine avvertire che non devono essere confusi colle misure cautelari quei provvedi-

---

(38) *Ist.*, I, pag. 258 G.

(39) Credo che, approfondendo le indagini nel campo del processo fallimentare, si debba arrivare a considerare come un provvedimento cautelare anche la sentenza di retrodatazione (artt. 704 e 706 Cod. comm.), sulla quale cfr. ANDRIOLI, *L'azione revocatoria*, (Roma, 1935), n. 21. Natura cautelare ha anche il decreto, con cui il tribunale ammette il commerciante alla procedura di concordato preventivo (art. 4 in relazione agli artt. 7 e 9, l. 24 maggio 1903 n. 197).

menti ordinarî di cognizione o di esecuzione, che l'autorità dia a tutela di un diritto preesistente, costituito fra le parti, per legge o per convenzione, *allo scopo di assicurare la sodisfazione di un altro diritto.* La funzione di questi diritti accessorî, il cui scopo assicurativo è talvolta nettamente messo in luce nella stessa definizione che ne dà la legge sostanziale (così, ad es., l'art. 1878 Cod. civ. indica nella « sicurezza del credito » lo scopo del pegno, e l'art. 1964 Cod. civ. assegna alla ipoteca il fine di « assicurare... il soddisfacimento di una « obbligazione »), è, *nel campo sostanziale*, strettamente analoga a quella che hanno, *nel campo processuale*, i provvedimenti cautelari. Tra i due diritti, assicurante ed assicurato, passa infatti quello stesso rapporto di strumentalità ipotetica che passa tra provvedimenti cautelari e provvedimenti principali: il diritto accessorio non è fine a sé stesso, ma è posto al servizio di un altro diritto, per garantirne, ove il debitore non adempia spontaneamente, il sodisfacimento. La stessa terminologia che si è adottata fin qui per i provvedimenti processuali può essere puntualmente riprodotta per questi diritti: si può parlare per essi di diritti *cautelari* contrapposti ai diritti *principali*, al sodisfacimento dei quali i primi sono preordinati.

Si potrebbe anzi dire, facendo un passo più in là in questo parallelismo di situazioni, che questi diritti cautelari sono costituiti non tanto per assicurare direttamente il sodisfacimento del diritto principale, quanto per assicurare la efficacia della eventuale esecuzione forzata che si renda necessaria per conseguire tale sodisfacimento: anch'essi, dunque, come i provvedimenti cautelari, esercitano sul diritto sostanziale una tutela *mediata*, in quanto immediatamente mirano a rendere più sicuro e più pieno il rendimento pratico della funzione giurisdizionale.

È agevole, venendo agli esempî concreti, trovare corrispondenze, talora anche verbali, tra alcuni di questi diritti cautelari e alcuni dei provvedimenti cautelari precedentemente esaminati. Il sequestro convenzionale dell'art. 1870 corrisponde, non solo per il nome ma anche per la sua finalità, al sequestro giudiziario dell'art. 1875, n. 1 Cod. civile; il pegno, di cui agli art. 1878 e segg. Cod. civ., ha a favore del creditore una funzione analoga a quella del sequestro conservativo (art. 1884 Cod. civ.), ma più energica, perché si accompagna con un diritto di prelazione sulla cosa pignorata; il diritto di ritenzione è concepito da autorevoli scrittori come un sequestro privato, cioè come una forma di *autodifesa cautelare* (40). Anche l'ipoteca ha sull'immobile

---

(40) Cfr. Rocco Alfr., *Principî di dir. comm.*, n. 118 e segg.; Cristofolini, *Processo d'ingiunzione*, pagg. 10-11, nota 2. Si trovano in qualche autore tentativi di sistemazione della tutela cautelare stragiudiziale, distinta in *unilaterale* (per es.,

del debitore, considerato come possibile oggetto di espropriazione, un ufficio conservativo (quale potrebbe avere, se il nostro diritto lo ammettesse, il sequestro conservativo immobiliare), rafforzato da quel diritto di prelazione che essa assicura al creditore ipotecario sul prezzo dell'immobile ipotecato; ed anche i privilegi, quantunque in sé stessi siano sprovvisti di efficacia conservativa, mirano tuttavia, colla prelazione che essi accordano al creditore, ad assicurare a questo un vantaggio personale al momento della esecuzione forzata, alterando in questa a suo favore la *par conditio creditorum*. Ad assicurare, mediante conservazione preventiva della somma occorrente, il sodisfacimento di un eventuale credito in danaro, a titolo di risarcimento di danno o ad altro titolo, mirano le diverse *cauzioni*, convenzionali o legali, previste da numerose disposizioni (es. artt. 26, 292, 293, 497, 498, 516, 855, 856, 975, 1400, 1603 Cod. civ. ecc.); analogo fine può avere la caparra, che la stessa legge definisce come « cautela per il « risarcimento dei danni in caso di inadempimento della convenzione » (art. 1217 Cod civ.). La stessa fideiussione si può sotto un certo profilo considerare come un istituto cautelare, in quanto mira ad assoggettare alla eventuale esecuzione forzata il patrimonio del fideiussore (art. 1898 Cod. civ.), per il caso che quello del debitore principale sia insufficiente a sodisfare il credito.

Nei diversi istituti sopra enumerati è facile riscontrare, sotto le più svariate forme, una finalità comune e costante: quella di dare al titolare di un diritto (principale) la sicurezza che, ove in avvenire egli sia costretto a ricorrere, per la sodisfazione del medesimo, alla esecuzione forzata, questa non rimarrà praticamente inefficace per mancanza di oggetto; si tratta dunque di istituti volti a conservare

---

dir. di ritenzione) e *consensuale* (per es., sequestro convenzionale); cfr. specialmente Betti, *Diritto proc. civile*, pagg. 54-61, e pag. 759, nota 1; e in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, pag. 315-16; Allorio, scritto cit., n. 8 *a*. Merita di esser ricordato che secondo il B. costituirebbe un caso di autotutela consensuale la *confessione stragiudiziale* (*Dir. proc. civ.*, pag. 562), la quale si dovrebbe considerare quindi come una forma di *assicurazione consensuale della prova*, avente funzione analoga a quella dei provvedimenti cautelari da noi analizzati sotto il gruppo *a* (lo stesso si potrebbe dire per l'*inventario stragiudiziale*, ex art. 496 Cod. civ.). Giustamente il Cristofolini (loc. cit.) segnala come esempio tipico di autodifesa cautelare l'art. 1510 Cod. civile; da aggiungersi a questo gruppo sarebbe anche quella facoltà di « impedir la vendita » che il venditore può, per l'art. 1513 Cod. civ., esercitare col proporre tempestivamente la domanda di rivendicazione, nonché quella facoltà che hanno i creditori degli agenti di cambio di opporsi, con semplice atto unilaterale, alla liberazione della cauzione in base all'art. 59 del r. decr. 4 agosto 1913, n. 1068 (regolamento della legge 20 marzo 1913, n. 272 sulle borse); e sotto il profilo dell'autodifesa cautelare si potrebbero anche studiare le *trascrizioni* di cui nel testo, n. 40.

l'oggetto materiale di una possibile futura esecuzione forzata, strettamente affini, per questa loro finalità, alle misure cautelari del gruppo *b*). *Diritti cautelari* mi è sembrato per questo che possano esser chiamati: in quanto la loro relazione col processo esecutivo è non solo mediata (41), ma altresì ipotetica, cioè basata sulla previsione di un titolo esecutivo che, al momento in cui questi diritti si costituiscono, può non esistere ancora.

Vi è peraltro, difronte ai veri e proprî provvedimenti cautelari, questa differenza fondamentale: che mentre nei provvedimenti cautelari la assicurazione del credito è concessa volta per volta dal giudice in seguito alla constatazione di uno stato di pericolo che già minaccia il diritto, i diritti cautelari, di cui finora si è discorso, sorgono, per contratto o per legge, indipendentemente da ogni provvedimento del giudice, e, nella massima parte dei casi, indipendentemente da quella attualità del pericolo, che dà alle misure cautelari il carattere di provvedimenti di urgenza. È certo che, servendosi di questi istituti cautelari, le parti prevedono come possibile la eventualità di dover ricorrere, a tutela del loro diritto principale, alle vie giudiziarie: e che questi istituti, pur essendo regolati dal diritto sostanziale e pur concorrendo, nella massima parte dei casi, a facilitare con stimoli psicologici e fuor d'ogni costrizione giudiziale lo spontaneo adempimento delle obbligazioni, hanno pur sempre, come finalità remota ma necessaria, lo scopo di costituire a favore del creditore una posizione di vantaggio nel processo, per la lontana ipotesi che nell'avvenire si presenti la necessità di ricorrervi. Sono rapporti di diritto sostanziale che si costituiscono *fuori del processo*, ma *in vista di un possibile processo*: come certe prudenti clausole dei trattati internazionali, con cui gli Stati contraenti mirano, per consolidare la pace, ad assicurarsi certi vantaggi strategici per la deprecata e lontana possibilità di una guerra. Il che peraltro non autorizza ad annetter senz'altro questi istituti, come è stato sostenuto (42), al diritto processuale: non solo perché la loro origine è fuor del processo, ma anche perché la loro funzione normale è quella di agevolare il pacifico commercio giuridico e di evitare le liti, coll'accrescere il valore dei diritti principali a cui questi diritti cautelari accedono, e col togliere al debitore, consapevole della inesorabilità delle sanzioni giudiziarie predisposte contro di lui, ogni velleità di inadempimento (43). C'è dun-

---

(41) Carnelutti, *Esecuzione*, III, n. 492.

(42) Carnelutti, *Esecuzione*, III, n. 492, pag. 205; *Diritto e processo*, n. 47 (in *Studi* cit., II, pag. 310).

(43) Cfr., in senso contrario al Carnelutti, Coviello L., *Delle ipoteche*, pag. 18, nota 2.

que, anche in questi diritti cautelari, un carattere di strumentalità; ma si tratta di una strumentalità *non necessaria*, che normalmente è destinata a non funzionare, e che può raggiungere il suo scopo, meglio che col funzionare nel processo, col contribuire ad evitare il processo in cui sarebbe destinata a funzionare. Si potrebbe dire che questi diritti cautelari, meglio che a prevenire la lesione del diritto principale, mirano a prevenire il prodursi di quello stato di pericolo, che, in mancanza di essi diritti, farebbe nascer la necessità di un provvedimento cautelare: il creditore pignoratizio, invece di attendere che sorga il pericolo per chiedere contro il suo debitore il sequestro conservativo, si cautela a lunga scadenza, con prevenzione lungimirante, in modo da evitare che questo pericolo sorga.

Da quanto si è detto finora appare evidente che ogni qualvolta l'autorità giudiziaria è chiamata a dar provvedimenti su questi diritti cautelari precostituiti, tali provvedimenti non hanno carattere cautelare, perché operano su situazioni già regolate dal diritto sostanziale, e, nell'attuar la volontà della legge concernente tali situazioni, prescindono da ogni considerazione sul pericolo, che, avendo già operato in un momento anteriore come motivo psicologico nella determinazione della volontà delle parti, non si presenta più come condizione del provvedimento giudiziale. La sentenza che ordina a carico del possessore il sequestro giudiziario in base al n. 1° dell'art. 1875 Cod. civ., ha gli stessi effetti di quella che condanna il possessore a rilasciare l'immobile in esecuzione di un sequestro convenzionale da lui contrattualmente consentito in conformità dell'art. 1870; ma le due sentenze hanno natura ben diversa, perché la prima (provvedimento cautelare) costituisce *ope iudicis*, a sodisfazione di una « mera azione », il diritto al sequestro, mentre la seconda (provvedimento ordinario su un diritto cautelare) accerta un diritto sostanziale al sequestro, che preesiste al processo ed ha la sua causa nella volontà dei contratti (44).

39. — Sono comunemente messi in luce dalla dottrina i numerosi punti di contratto che l'azione revocatoria (artt. 1235, 680, 949, 1422 Cod. civ.; artt. 707-710 Cod. comm.; cfr. anche art. 189 Cod. pen. e art. 512 Cod. proc. civ.) ha colla materia cautelare (45): e, poiché questa azione non è fine a sé stessa, ma, col riportare i beni fraudolentemente alienati sotto la soggezione processuale del creditore, prepara ed agevola il rendimento pratico della sua azione esecutiva, sembra a prima vista di poter rilevare in essa un altro caso di strumentalità

---

(44) Cfr. CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 250.

(45) Cfr. per tutti ANDRIOLI, *L'azione revocatoria* (Roma, 1935), p. 48.

cautelare, nella precisa configurazione che è tipica dei provvedimenti del gruppo *b*). E qualcosa di simile si potrebbe dire per l'azione surrogatoria dell'art. 1234 Cod. civ. (46): perché anch'essa, ricostituendo o ampliando il patrimonio su cui il creditore potrà sodisfarsi in via di esecuzione forzata, amplia per dir così la zona di efficenza della azione esecutiva, e quindi costituisce un mezzo preparatorio ed ausiliario della medesima.

Senonché già precedentemente abbiamo veduto (n. 37) che il solo scopo di agevolare il creditore nell'esercizio della esecuzione forzata non basta a far rientrare tutti gli istituti attraverso i quali questo scopo si realizza nel campo dei provvedimenti cautelari, quando manchino quelle speciali caratteristiche che nel campo processuale possono far considerare questi provvedimenti come una categoria nettamente distinta. In verità, se si ritiene che l'azione revocatoria competa soltanto al creditore munito di titolo esecutivo, od anche, come altri ritiene, al creditore che, sia pur nello stesso giudizio sulla revocatoria, sia in grado di conseguire l'accertamento giudiziale del suo credito (47), sembra che manchi assolutamente a questa azione ogni riferimento a quel *periculum in mora*, in vista del quale il provvedimento cautelare appare come una anticipazione degli effetti del provvedimento principale sul diritto ancora incerto. La sentenza che accoglie la revocatoria non anticipa gli effetti del provvedimento principale: è essa stessa un provvedimento principale, cioè una sentenza costitutiva che accerta e sodisfa il diritto potestativo (preesistente al processo e accessorio del diritto del credito) alla revoca dell'atto fraudolento. Ed anche se questo diritto potestativo si concepisce non come diritto all'annullamento del negozio sostanziale, ma come diritto a mantenere sotto la soggezione esecutiva del creditore frodato i beni alienati mediante il negozio per il resto sostanzialmente valido, sembra evidente che dalla natura cautelare di questo diritto non deriverebbe che fosse un provvedimento cautelare la sentenza che si pronuncia sul medesimo, come non è un provvedimento cautelare la sentenza che, in caso di contestazione, sollevata dal terzo acquirente, della iscrizione ipotecaria presa contro l'originario debitore, dichiara la validità della ipoteca e con questo mantiene sotto la soggezione esecutiva del creditore i beni ipotecati acquistati dal terzo.

In un sol caso mi pare che la sentenza che pronuncia sull'azione revocatoria potrebbe considerarsi, anziché un provvedimento definitivo

---

(46) ANDRIOLI, cit., pag. 49; REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, n. 73.

(47) Cfr. ANDRIOLI, *op. cit.*, pag. 74.

su un diritto cautelare, come un provvedimento *per sé stesso cautelare*: quando, cioè si ritenesse che, per esser legittimati a chieder la revoca dell'atto fraudolento, possa bastare il solo *fumus boni juris* attinente al credito, il cui accertamento sia pendente o rimandato in separata sede. In tal caso la revoca dell'atto fraudolento, fatta nella ipotesi che il provvedimento principale dimostri la esistenza del credito, avrebbe funzione strettamente cautelare, analoga a quella di un sequestro (immediatamente funzionante colla trascrizione della citazione: art. 1933, n. 3, Cod. civ.) dei beni del terzo, eventualmente assoggettabili alla esecuzione forzata del creditore e mantenuti, attraverso la revocatoria, nel raggio di azione della medesima. Ma dubito che una siffatta figura di revocatoria anticipata possa *iure condito* ammettersi: ad essa in ogni modo la giurisprudenza si avvicina quando ritiene che il credito per cui si agisce in revocatoria possa essere eventuale (48), od anche accertato in via di mera probabilità attraverso una condanna *generica*, salva liquidazione (cfr., sulla natura di questo istituto, oltre n. 41) (49).

40. — Scopo indirettamente cautelare possono avere le trascrizioni delle domande di revocazione, di rescissione e di risoluzione di cui parla l'art. 1933 Cod. civ., e di quelle previste dal t. u. 31 dicembre 1923 n. 3272, art. 19; ma in questi casi gli effetti, eventualmente cautelari, della trascrizione, derivano da questa, senza bisogno di alcun provvedimento del giudice (50). Lo stesso accade per la separazione del patrimonio immobiliare del defunto da quello dell'erede, che si esercita mediante iscrizione presso l'ufficio delle ipoteche (art. 2060 Cod. civ.); mentre, quando si tratta di mobili, occorre una pronuncia dell'autorità giudiziaria (art. 2059) la quale « dà i provve- « dimenti necessarî per la conservazione » dei mobili (artt. 900-901 Cod. proc. civ.; cfr. *retro*, pag. 37).

41. — Si deve considerare a parte, per la sua grande affinità coi provvedimenti cautelari, la ipoteca giudiziale.

Secondo l'art. 1970 Cod. civ., « ogni sentenza portante condanna « al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili o all'adem- « pimento di altra obbligazione la quale possa risolversi nel risarci-

---

(48) Cfr. ANDRIOLI, *op. cit.*, n. 17.

(49) ID., n. 19.

(50) Cfr. CHIOVENDA, *Ist.*, I, n. 34 G. *f* (pagg. 155-156); II, n. 257. Si possono quindi riavvicinare questi casi alla autotutela cautelare di cui *retro*, nota 40 a pag. 242.

« mento dei danni » (anche se soggetta a gravame, anche se non provvisoriamente esecutiva, ed anche se non ancora notificata) « produce ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l'ha ottenuta »: ossia produce a suo favore il *diritto di iscrivere ipoteca* sui beni del soccombente.

La funzione cautelare di questa ipoteca cosiddetta *giudiziale* non può esser materia di discussione, tanto essa è evidente: se si pensa che la sentenza di primo grado soggetta a gravame, la quale è titolo sufficiente per la iscrizione di tale ipoteca, non è ancora l'accertamento del credito, e che di conseguenza la iscrizione può avvenire (e di solito avviene) mentre è tuttora controversa la esistenza di quel diritto che l'ipoteca garantisce, è facile riscontrare in questo istituto tutti i caratteri proprî della funzione cautelare, in quanto la iscrizione ipotecaria mira a conservare i beni che potranno esser oggetto di una futura esecuzione forzata, *nell'ipotesi* che la decisione definitiva del giudizio tuttora pendente riconosca la esistenza del debito da sodisfare.

Ma se la funzione dell'ipoteca giudiziale è, come si è visto, schiettamente cautelare, non credo che in essa si possa riscontrare, com'è stato sostenuto (51), un vero e proprio provvedimento cautelare. È noto che quantunque la ipoteca di cui qui discorriamo si chiami, nel linguaggio della legge, « giudiziale », essa non è costituita da un'apposita pronuncia del giudice che, mentre decide sul credito, debba anche accessoriamente pronunciarsi caso per caso sulla ipoteca destinata a garantirlo, ma è un effetto *esterno* che per legge deriva immancabilmente dalla sentenza di condanna, considerata come fatto giuridico in senso stretto (52), indipendentemente da ogni comando del giudice. Non si può dunque considerare in questo caso la costituzione del diritto di ipoteca come effetto di un *provvedimento* del giudice, a cui corrisponda, *a parte actoris*, un'apposita azione cautelare volta alla concessione di tale garanzia; come non sussiste qui un'azione, perché ogni sentenza di condanna produce automaticamente il diritto di ipoteca *anche se l'attore non ne ha fatto domanda*, così non sussiste qui un provvedimento sull'azione cautelare, perché il giudice colla sentenza di condanna decide sul credito, ma non provvede (né potrebbe provvedere) sulla ipoteca destinata a garantirlo.

---

(51) Cfr. in questo senso NIGIDO, *L'ipoteca giudiziale come misura cautelare* (in *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Catania*, I, n. 2, 1934).

(52) Cfr. in proposito i miei due scritti: *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, e *Retroattività della sentenza e ipoteca giudiziale*, in *Studi*, III, pagg. 131 e 193; e, in senso contrario, SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, 251.

Se la ipoteca giudiziale si dovesse ravvicinare a qualcuno degli istituti cautelari finora passati in rassegna, io li metterei accanto a quei casi di provvisoria esecuzione, nei quali la esecutorietà non deriva da un provvedimento del giudice (la cosiddetta « clausola di « provvisoria esecuzione ») che si accompagni, in un apposito capo, alla pronuncia sul merito, ma deriva immediatamente e immancabilmente dalla legge (per es. artt. 328 Cod. civ., 913 Cod. comm.) senza bisogno di speciale pronuncia. In questi casi la provvisoria esecuzione è un *effetto cautelare* che la sentenza ha *ope legis*, e per produrre il quale non occorre quel *provvedimento cautelare* che sarebbe necessario se tale effetto (come invece avviene nei casi previsti dall'art. 363 Cod. proc. civ.) si dovesse produrre *ope iudicis* (n. 15); analogamente per la ipoteca giudiziale si può dire che ogni sentenza di condanna, anche se non sia provvisoriamente esecutoria per il merito, ha *ope legis* effetti immediati esecutivi per quanto attiene alla iscrizione della garanzia ipotecaria. Si tratta dunque di una specie di limitata esecuzione provvisoria, disposta dalla legge ai soli fini della iscrizione ipotecaria: di *effetti cautelari* che la legge riconnette direttamente alla sentenza considerata come fatto giuridico in senso stretto, non di un *provvedimento cautelare*, che presupporrebbe una speciale valutazione delle circostanze concrete ed una apposita pronuncia del giudice sulle medesime (53).

42. — Un vero, sebben larvato, provvedimento cautelare mi sembra invece che si possa riscontrare nella cosiddetta condanna « generica » al risarcimento dei danni, in quanto si consideri come titolo sufficiente per iscrivere ipoteca giudiziale. Ho avuto già occasione di trattenermi a lungo su questo singolare istituto creato dalla giurisprudenza (54), ed è inutile che mi diffonda a ripetere qui le ragioni per le quali mi sembra di riscontrare in esso una specie di ingegnoso espediente escogitato dalla pratica per integrare il sistema dei mezzi cautelari conosciuti dal nostro diritto e per raggiungere, attraverso la ipoteca giudiziale iscritta in base a un giudizio di *mera probabilità* sul credito, effetti assicurativi sugli immobili del debitore,

---

(53) Si ha invece un vero e proprio *provvedimento cautelare di concessione di ipoteca* (l'unico caso, in cui nel nostro diritto si potrebbe parlare in senso proprio di ipoteca *giudiziale*, perché si tratta proprio di ipoteca concessa *dal giudice* in vista delle speciali circostanze di fatto) nel caso previsto dall'art. 246 t. u. legge comunale e provinciale 3 marzo 1934, n. 382; sul quale cfr. LUCIFREDI, in *Rassegna di legisl. per i Comuni*, 1935, pag. 2151 e segg.

(54) *La condanna generica ai danni*, in *Studi*, III, pag. 221.

simili a quelli che si potrebbero conseguire se il nostro diritto conoscesse il sequestro conservativo immobiliare (55).

Su un solo punto giova insistere: nel rilevare, cioè, che lo scopo puramente cautelare della cosiddetta condanna « generica » si desume sopra tutto dal principio, ammesso comunemente dalla giurisprudenza (*retro*, n. 34) che, nonostante il formale passaggio in giudicato di tale pronuncia affermativa sulla sussistenza del credito da liquidare (*an debeatur*), il giudice della liquidazione resti libero di accertare che il *quantum* si riduce a zero e che quindi il credito non sussiste. Se si accetta tale principio, bisogna per forza ritenere che la cosiddetta « condanna generica » si fondi non su un giudizio di verità, ma su un giudizio di verosimiglianza, in tutto simile a quello su cui sono basate molte misure cautelari (n. 20): e allora, poiché l'unico effetto giuridico che può aver questa sentenza, in sé inidonea a crear la cosa giudicata sostanziale sulla esistenza del credito, è quello di servir di titolo per la iscrizione della ipoteca giudiziale, bisogna per forza ammettere che essa, quantunque si presenti colle apparenze di una decisione sul merito, non voglia essere in realtà altro che un provvedimento assicurativo, dato interinalmente nella ipotesi (appoggiata a un giudizio di probabilità) che l'ulteriore processo sul *quantum* dimostri la sussistenza del credito assicurato. Talché in conclusione la scissione, invalsa nella pratica, tra il giudizio sull'*an debeatur* e quello sul *quantum debeatur* dovrebbe considerarsi, anziché come un caso di frazionamento della decisione *di merito* in fasi processuali distinte (pluralità di decisioni su questioni diverse dallo stesso rapporto controverso), come un caso di separazione tra la fase cautelare (destinata a creare, *nella ipotesi* che il credito possa risultar sussistente, un titolo provvisorio per iscrivere ipoteca giudiziale) e la fase principale (destinata essa sola ad accertare in modo definitivo, nei due aspetti logicamente inseparabili dell'esistenza e dell'ammontare, il diritto controverso).

---

(55) Il carattere cautelare della condanna generica ai danni è riconosciuto ora anche dalla Corte di Cassazione (cfr. decisione 24 giugno 1935, 3ª Sez., est. Caliendo, in *Mass. Foro it.*, 1935, col. 548); e, mi pare, anche da CARNACINI, *Pignoramento* cit., pagg. 290-291, nota.

Capitolo quinto

CONCLUSIONI

Sommario: 43. *a*) I provvedimenti cautelari nei loro rapporti colla cognizione e colla esecuzione. — 44. *b*) I provvedimenti cautelari nei loro rapporti coi provvedimenti sommarî. — 45. *c*) I provvedimenti cautelari come strumenti per il miglior funzionamento della giustizia. — 46. Deficienze del sistema cautelare nel diritto positivo italiano.

43. — La rassegna specifica, così compiuta, dei provvedimenti cautelari, e la delimitazione casistica dei medesimi dalle forme affini, ci permette di trarre dal nostro studio alcune conclusioni di carattere generale.

a) Prima di tutto si conferma, attraverso una serie di riprove che ci mancavano all'inizio del nostro studio, che il criterio in base al quale i provvedimenti *cautelari* si distinguono da quelli *non cautelari* (da noi denominati *principali*) non è un criterio attinente al contenuto, cioè alla *qualità degli effetti*, come quello che serve a distinguere i provvedimenti giurisdizionali nei due grandi gruppi dei p. *di cognizione* e dei p. *di esecuzione*. Se si guarda alla qualità degli effetti, le misure cautelari possono rientrare, *in sé considerate*, tra i provvedimenti di cognizione o tra quelli di esecuzione (cfr. *retro*, nn. 26 e 29); la loro peculiarità caratteristica va invece ricercata in quel rapporto di *strumentalità* che lega immancabilmente ogni provvedimento *cautelare* ad un provvedimento *principale*, il rendimento pratico del quale si trova, in virtù del primo, agevolato ed assicurato in anticipo.

Il nostro studio ci permette anche di confermare la insufficienza e la ristrettezza del criterio sistematico seguito da certi autori, specialmente tedeschi (1), che dei provvedimenti cautelari non fanno una

---

(1) Non solo dai meno recenti, tra i quali sopra tutto il Güthe, scritto cit., che concepisce tutti i provvedimenti cautelari come casi di « *antizipirte Zwangsvollstreckung* », ma anche da alcuni dei più moderni, quali il Rosenberg.

categoria a sé, ma li considerano come un'appendice dell'esecuzione forzata, posti difronte a questa all'incirca in quella stessa posizione di accessorietà in cui i procedimenti probatorî si studiano come un capitolo del processo di cognizione. In verità, come sotto il punto di vista del contenuto (qualità degli effetti) i provvedimenti cautelari possono avere secondo i casi natura dichiarativa o esecutiva, così, sotto il punto di vista della loro strumentalità, non tutti si prestano ad essere studiati come pertinenze della esecuzione forzata, non soltanto perché alcuni di essi (quelli volti ad « assicurare la prova ») meglio si presterebbero, anche per il loro scopo, ad essere studiati casomai in appendice al processo di cognizione, ma sopra tutto perché vi è un gruppo di misure cautelari (quelle da noi studiate *sub c*) la strumentalità delle quali non consiste nell'anticipare gli effetti *esecutivi* del provvedimento principale, ma nell'anticiparne gli effetti *decisorî*, costituendo, in previsione della decisione definitiva che seguirà, obblighi che possono essere (e può darsi che in realtà siano) adempiuti senza bisogno di ricorrere alla esecuzione forzata.

44. — *b*) Risulta del pari che il criterio di classificazione dei provvedimenti cautelari sta logicamente su un piano diverso da quello di cui una dottrina autorevolissima si serve per creare la categoria dei cosiddetti « accertamenti con prevalente funzione esecutiva » (cognizione sommaria).

Questa classe di provvedimenti giurisdizionali, che, nella tetracotomia chiovendiana delle azioni figura sullo stesso piano degli altri tre tipi (cognizione ordinaria, cognizione sommaria, conservazione, esecuzione forzata) costituisce in sostanza una sottospecie dei provvedimenti di cognizione, distinta per la abbreviazione (*sommarietà*) del procedimento istruttorio che precede la emanazione del provvedimento. Non si tratta dunque di una diversità di contenuto (qualità degli effetti), ma di una diversità di *formazione*, la quale porta, con maggior celerità e semplicità di quella che si riscontra nel procedimento istruttorio ordinario, alla creazione di un provvedimento che, per la qualità dei suoi effetti, non è altro che un provvedimento di *cognizione*.

Per la stessa ragione per la quale non si possono contrapporre in una classificazione omogenea i provvedimenti di *cognizione* ai provvedimenti *cautelari* (perché anche un provvedimento, cautelare per il suo fine, può essere, per la qualità dei suoi effetti, un provvedimento di cognizione), non si possono contrapporre i provvedimenti *cautelari* ai provvedimenti *sommarî* (accertamenti con prevalente funzione esecutiva): perché anche un provvedimento cautelare può essere emanato in base a una cognizione abbreviata (sull'azione caute-

lare: es. art. 925 Cod. proc. civ.) e rientrar quindi contemporaneamente tra i provvedimenti cautelari per il suo fine, e tra i provvedimenti sommarî per il modo della sua formazione.

45. — *c*) Ma se, per le ragioni sopra esposte, ritengo che la tutela cautelare non si possa inserire tra la cognizione e la esecuzione come *tertium genus* posto con omogeneità di criterî sullo stesso piano, neppure aderisco alla teoria ultimamente esposta da chi, resuscitando quel concetto di diritto soggettivo sostanziale di cautela che nella nostra dottrina processuale pareva da tempo superato (2), arriva a concludere che le misure cautelari non si possano sistematicamente configurare *come categoria processuale* distinta da proprî caratteri attinenti al provvedimento, ma possano tutt'al più costituire un raggruppamento empirico basato *sulla natura del diritto sostanziale* (diritto sostanziale di cautela) che con queste misure si fa valere, allo stesso modo che, quando si parla di processo « di rivendicazione » o « di servitù » (3), la qualifica è desunta non da caratteristiche formali del processo, ma dalla *materia* sulla quale il processo verte.

Io penso, al contrario, che i provvedimenti cautelari abbiano una loro inconfondibile fisionomia *processuale*, che permette di collocarli nella sistematica del processo come categoria a sé, determinabile in base a criterî che, pur non essendo gli stessi che servono a distinguere i provvedimenti di cognizione da quelli di esecuzione, non si trasformano per questo da processuali in materiali.

La definizione dei provvedimenti cautelari, pur rimanendo nel campo processuale, va ricercata, più che in un criterio ontologico, in un criterio teleologico: non nella *qualità* (dichiarativa o esecutiva) dei loro effetti, ma nel *fine* (anticipazione degli effetti del provvedimento principale), a cui questi loro effetti sono preordinati, sì da apparire fin dall'inizio destinati ad esaurirsi al momento in cui potranno cedere il posto agli effetti del provvedimento principale.

Quando abbiamo trovato la caratteristica processuale dei provvedimenti cautelari nella loro strumentalità, abbiamo inteso con questo di porre in evidenza che la loro nota distintiva dev'esser ricercata, più che nella essenza del provvedimento in sé, *nel rapporto in cui esso si trova con un altro provvedimento*, dal quale nella definizione non può concepirsi disgiunto. Non sono rari nella sistematica processuale i casi in cui la esatta portata di una qualifica attribuita a un provvedimento non può esser colta a pieno se non in contrapposizione

---

(2) Allorio, scritto cit., pagg. 11-12 dell'estratto.

(3) Il paragone è dello stesso Allorio, scritto cit., pag. 4.

con un'altra qualifica, che rappresenta il termine correlativo indispensabile per l'intelligenza della prima: si pensi, ad esempio, alla distinzione delle sentenze in *interlocutorie* e *definitive*, o a quella, adottata da altri, dei provvedimenti giudiziali in *istruttorî* e *decisorî*. Anche la qualifica di « *cautelare* », apposta ad un provvedimento, non può essere intesa da sola: bisogna necessariamente, per intenderne a pieno il significato, metterla in rapporto coll'altra qualifica di « principale », che, costituendo il suo contrario, serve a limitare ed a chiarire la prima.

È sintomatico che nella dottrina non siano mancati tentativi di cercare la definizione del provvedimento cautelare nella sua relazione necessaria con un altro provvedimento, col quale costituisce una specie di binomio logico inscindibile. Già nelle sue *Lezioni* il CARNELUTTI cerca la definizione dei provvedimenti cautelari nel contrapporre il « processo cautelare » al « processo definitivo » (4); e altrove osserva che questi provvedimenti « hanno un carattere di « transizione tra il provvedimento *decisorio* e il provvedimento « *istruttorio* » (5). Qualcosa di simile par che voglia dire il CONIGLIO (6), quando scrive che « nei rapporti tra la conferma e il processo di « merito, la sentenza di conferma si presenta come *un'interlocutoria « in senso largo* ».

Ma non credo che il rapporto necessario, che passa tra i provvedimenti *cautelari* e i provvedimenti *principali*, si possa comunque ricondurre a quelle classificazioni che mirano a contrapporre, nel corso dello stesso processo, i provvedimenti che pronunciano *sul rapporto processuale* da quelli che pronunciano *sul rapporto sostanziale* (« *sul merito* »). Il provvedimento cautelare non è infatti un provvedimento *sul processo*, contrapponibile al provvedimento principale, concepito come solo provvedimento *sul merito*. Anche il provvvedimento cautelare è un provvedimento *sul merito*: cioè un provvedimento che pronuncia sulla fondatezza dell'azione cautelare, e che costituisce la conclusione di un processo (cautelare) separato, nel corso del quale possono essere emanati provvedimenti istruttorî attinenti al processo cautelare (per es. la sentenza interlocutoria che ammette una prova testimoniale sullo stato di pericolo); ma si tratta di un *merito* diverso da quello a cui si riferisce il provvedimento principale, cioè di un'azione cautelare, che ha condizioni distinte e indipendenti da quelle proprie dell'azione principale. Ciò vale, come già fu avvertito (*retro*, pag. 78) anche per i provvedimenti cautelari del gruppo *a*),

---

(4) *Lezioni*, II, pagg. 107-108.
(5) *Esecuzione*, I, n. 117, pag. 246.
(6) *Sequestro*, n. 189, pag. 448.

i quali, se funzionano, in confronto col processo principale, come provvedimenti *istruttorî* anticipati (7), hanno peraltro il carattere di provvedimenti definitivi sull'*azione cautelare*.

Il rapporto che passa tra il provvedimento cautelare e il provvedimento principale non è, in realtà, definibile col semplice rinvio ad altre classificazioni escogitate dalla dottrina per altri tipi di provvedimenti: dire che le misure cautelari si avvicinano per certi caratteri ai provvedimenti istruttorî, o che, per altro verso, somigliano ai provvedimenti *condizionali* o a quelli *ipotetici* (*retro*, n. 28), vuol dire trascurare, per queste somiglianze approssimative, la differenza specifica, che sola permette di fare dei provvedimenti cautelari un gruppo nettamente individuato.

Si è cercato nel corso di questo studio di isolare questa differenza specifica, indicandola in quel carattere che, tanto per intenderci, abbiamo chiamato « *strumentalità* ». La parola potrebbe anche non apparire felice, e non ci avremmo a male se altri la sostituisse con diversa espressione meglio appropriata; ma ciò che conta è la nozione che con questa parola si vuol esprimere, la quale, se non ci siamo ingannati nelle pagine che precedono, è l'unica che riesca a cogliere la funzione tipica e inconfondibile dei provvedimenti cautelari, in quanto destinati a anticipare, in tutto o in parte, i supposti effetti, decisorî o esecutorî, del provvedimento principale, ed a tenere interinalmente le sue veci (onde, sotto questo aspetto, la *strumentalità* si potrebbe qualificare anche *vicarietà*), in attesa della emanazione del medesimo che, qualunque ne sia il contenuto e indipendentemente da qualsiasi riesame, segnerà necessariamente il termine del loro effimero ciclo vitale.

46. — *d*) Bisogna finalmente rilevare, a conclusione di questo scritto, che quel carattere di *strumentalità* che i provvedimenti cautelari rivestono sempre in relazione ad un altro provvedimento principale di cui garantiscono preventivamente la efficacia, fa apparire in essi, preminente e quasi direi esasperato, più che in tutte le altre categorie di provvedimenti giurisdizionali, lo scopo *pubblicistico* della loro funzione.

Essi, come già si notò, sono diretti, più che a difendere i diritti soggettivi, a garantire la efficacia e per così dire la *serietà* della funzione giurisdizionale; quella specie di beffa alla giustizia che il debitore convenuto nel processo ordinario potrebbe tranquillamente

---

(7) Cfr. Bülow, *Klage und Urteil* (in *Zeits. f. deuts G. P.*, XXXI, pag. 191 e segg.), pag. 220 e segg.

compiere profittando dei lunghi indugi delle procedure per mettere in salvo i suoi beni e ridersi poi della condanna praticamente impotente a colpirli, può essere evitata attraverso la tutela cautelare. Essa mira dunque, come i provvedimenti che il diritto inglese comprende sotto la denominazione di *Contempt of Court*, a salvaguardare *l'imperium judicis*, ossia a impedire che la sovranità dello Stato, nella sua più alta espressione che è quella della giustizia, si riduca ad essere una tarda ed inutile espressione verbale, una vana ostentazione di lenti congegni destinati, come le guardie dell'opera buffa, ad arrivar sempre troppo tardi.

Le misure cautelari sono predisposte, più che nell'interesse dei singoli ,nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento ed anche, si potrebbe dire, il buon nome. Se la espressione « polizia giudiziaria » non avesse già nel nostro ordinamento un preciso significato, essa potrebbe apparire singolarmente adatta per designar la tutela cautelare: in essa si riscontrano infatti, posti al servizio della funzione giurisdizionale, quei poteri di prevenzione, esercitati in via d'urgenza e in base a un giudizio provvisorio in cui hanno larga parte le considerazioni di opportunità, che sono appunto caratteristici della funzione di polizia vera e propria. Si potrebbe dire, anzi, che *proprio la materia dei provvedimenti cautelari costituisce la zona di confine tra la funzione giurisdizionale e quella, amministrativa, di polizia* (8).

Questo carattere eminentemente pubblicistico dei provvedimenti cautelari, si rivela, anche in materia civile, nella maggiore energia con cui la giurisdizione si esercita, quando è diretta a scopi cautelari: non solo nell'accelerazione del procedimento e nella sommarietà della cognizione, ma altresì nell'accrescimento dei poteri di iniziativa del giudice; non dimentichiamo che il caso più tipico, se non l'unico del nostro processo, in cui il giudice civile può procedere senza domanda di parte, è quello della dichiarazione di fallimento pronunciata *di ufficio*, che, come si è visto, è per l'appunto una misura cautelare. E forse proprio per aver intuito che le misure cautelari attengono, più che alla tutela dei diritti soggettivi (9), alla polizia del processo, la giurisprudenza si è dimostrata restia ad ammettere che agli arbitri possa esser conferito dai compromittenti il potere di conceder sequestri durante il giudizio arbitrale: opinione che, se il sequestro non apparisse come una misura di indole squisitamente attinente

---

(8) In questo senso già PETERS, *Arrest und einstw. Verf.*, pag. 81, citato da GÜTHE, scritto cit., pag. 368, nota 26.

(9) Cfr. CHIOVENDA, *Ist.*, I, pag. 215; in senso contrario, ed a ritroso della dottrina moderna, ALLORIO, scritto cit.

all'*imperium judicis*, mal si giustificherebbe (per quanto attiene alla fase decisoria) in base alle regole che stabiliscono quali sono le controversie compromettibili in arbitri (10).

Quanto si è detto finora riceve ampia conferma nella legislazione penale (11): non solo perché in essa si ritrovano, talora anche più netti ed evidenti, i varî tipi di provvedimenti cautelari già incontrati nel processo civile (misure cautelari volte ad assicurare le prove ed il corpo del reato: cfr. art. 219, 222, 226, 309 e segg. Cod. proc. pen.; misure cautelari volte ad assicurare, mediante conservazione del patrimonio, la sodisfazione delle obbligazioni civili nascenti dal reato o dal processo penale: cfr. art. 189-194 Cod. pen., art. 616 e segg. Cod. proc. pen.; misure cautelari volte ad impedire l'allontanamento dell'imputato, per assicurare a scopo probatorio la sua presenza nel processo penale, ed anche per assicurare preventivamente la disponibilità fisica della persona che potrà essere oggetto di esecuzione penale: art. 235 e segg. Cod. proc. pen.; ecc.), ma anche perché l'attuale Codice penale, quando punisce come delitti *contro l'amministrazione della giustizia* il fatto di chi « immuta artificiosamente lo stato dei « luoghi o delle cose o delle persone » considerati come possibili oggetti di cognizione civile (art. 374, *frode processuale*), ovvero altera dolosamente il patrimonio considerato come possibile oggetto di esecuzione forzata (art. 388, *mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*), dimostra che la conservazione dei mezzi idonei ad assicurare la efficacia pratica dei provvedimenti giudiziarî è sentita dallo Stato come un'esigenza di ordine pubblico, attinente al buon funzionamento della giurisdizione. E questo è un argomento di più per considerare i provvedimenti cautelari, che rispondono, nei modi già visti, a quella stessa esigenza, come strumenti posti al servizio della giurisdizione, al fine di impedire che il « *law's delay* » di shakespeariana memoria concorra ad aumentare, colla involontaria complicità della giustizia, i danni derivanti dalla lesione del diritto.

Queste ultime considerazioni lasciano intendere quale importanza pratica abbia, in un sistema processuale, il buon ordinamento dei mezzi cautelari: la deficienza dei quali può indebolire la efficacia della funzione giurisdizionale nel suo momento esecutivo, e impedire alla giustizia, per difetto di misure preventive pronte, energiche e complete, il raggiungimento dei suoi ultimi fini.

---

(10) Cfr. App. Milano, 31 dicembre 1932, in *Temi Lomb.*, 1933, pag. 534; e Allorio, scritto cit., nota 2 a pag. 22 dell'estr.

(11) Cfr. Siciliani, *Il sequestro conservativo penale nel sistema dei proc. cautelari*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, pag. 38 e segg.

47. — Per questo, se nella riforma del processo civile si vorrà irrobustire il processo esecutivo, bisognerà cominciare da una oculata cura ricostituente del sistema cautelare: le cui debolezze, nel vigente ordinamento processuale civile, mi sembra che, attraverso la rassegna finora compiuta, possano indicarsi nei punti seguenti:

1°) mancanza, *in iure condito*, di un potere cautelare generale, che permetta al giudice, in caso di pericolo nel ritardo, di stabilire volta per volta, all'infuori degli appositi mezzi cautelari precostituiti, le misure assicurative meglio corrispondenti alle esigenze del caso concreto;

2°) mancanza di un tipo uniforme di *procedimento sommario cautelare*, appositamente stabilito per rendere più spedita e più semplice la tutela assicurativa in tutte le sue possibili esplicazioni, con regole adattabili ai varî fini cautelari, previsti dalla legge ovvero di volta in volta creati dal giudice. Tale unificazione del procedimento cautelare dovrebbe non solo eliminare vecchie dispute originate nel processo attuale da deficiente coordinazione di istituti (come quella dibattutissima che concerne la forma per domandare il sequestro giudiziario), ma anche prestarsi a dare, attraverso l'accelerazione derivante dalla cognizione sommaria, funzione dichiaratamente cautelare a istituti che oggi l'assumono talvolta, sforzando il diritto costitutivo, attraverso la giurisprudenza, come accade per l'azione revocatoria o per la ipoteca giudiziale, che, in caso di *periculum in mora*, potrebbero *in iure condendo* diventare strumenti cautelativi basati su cognizione sommaria;

3°) in ispecie, mancanza di regole generali, estese a tutti i mezzi probatorî, concernenti il procedimento cautelare per la assicurazione delle prove;

4°) in ispecie, mancanza, tra i mezzi cautelari volti ad assicurare la esecuzione forzata, di un sequestro conservativo *sugli immobili*, la cui funzione non può essere sostituita a pieno, come dimostrano i vani sforzi della pratica, né dalla revocatoria per un credito eventuale, né dalla ipoteca giudiziale in base a condanna generica (12).

Sarebbe ingiusto dimenticare che queste gravi manchevolezze del sistema cautelare oggi vigente trovavano adeguata considerazione e, quasi sempre, appropriato rimedio nel *Progetto* Carnelutti, i cui artt. 324-335 (artt. 314-325 del *Progetto riveduto*) dovranno esser tenuti presenti da chiunque si appresti a riformare questa materia.

---

(12) Cfr. Carnacini, *Pignoramento* cit., pagg. 290-91, nota 2.

III

RASSEGNA CRITICA DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE (*)

— *Quale sia il termine per appellare contro la sentenza che pronuncia sulla opposizione alla ingiunzione nei procedimenti coattivi a favore della pubblica amministrazione* (App. Genova, 7 maggio 1920, in *Giur. it.*, 1920, I, 2, 260; Cass. Roma, 11 marzo 1919, in *Giur. it.*, 1919, I, 1, 368; T.U. 7 maggio 1908, n. 248 sui dazî interni di consumo, art. 26 *a*; art. 656, Cod. proc. civ.).

1. — Per la riscossione di certi crediti che la pubblica amministrazione può avere verso il cittadino, sono istituiti da alcune leggi (T.U. 20 maggio 1897, n. 217 sulle tasse di registro, art. 134 e segg.; T.U. 7 maggio 1908 n. 248 sui dazî interni di consumo, art. 26 *a*; T.U. 14 aprile 1910 n. 639 per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato ed altri enti pubblici, art. 2 e segg.), speciali procedimenti privilegiati (denominati procedimenti « coattivi » o « di coazione »), il cui scopo comune è quello di agevolare all'amministrazione l'esecuzione forzata sui beni del debitore moroso. I varî procedimenti istituiti dalle leggi surricordate, se differiscono tra di loro per qualche particolare di forma, si somigliano per la loro struttura fondamentale, che è la seguente: invece di convenire il debitore dinanzi all'autorità giudiziaria per fare accertare il credito in una sentenza di condanna, la pubblica amministrazione può emettere una « ingiunzione », consistente nell'ordine, rivolto al debitore, di pagare entro un certo termine la somma dovuta, colla comminatoria di passare senz'altro, decorso inutilmente quel termine, agli atti esecutivi. Qualora il debitore non paghi nel termine prefisso, la ingiunzione « vidimata e resa esecutoria » dall'autorità giudiziaria, è senz'altro eseguibile; ma contro di essa può il debitore fare opposizione dinanzi all'autorità

(*) [Pubblicato in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (Milano), a. XIX, nn. 3-4, marzo-aprile 1921, P. I, pagg. 211-223]. [*Bibliografia*, n. 64].

giudiziaria, la quale in tal caso giudica della fondatezza della ragione di credito vantata dall'amministrazione, senzaché, peraltro, tale opposizione abbia, di regola, effetto sospensivo sugli atti di esecuzione che si iniziano allo scadere del termine.

Contro la sentenza dell'autorità giudiziaria che pronuncia sulla opposizione alla ingiunzione, il soccombente può appellare: si domanda *se il termine per appellare contro questa sentenza sia quello ordinario stabilito dall'art. 485 Cod. proc. civ., o se invece sia quello più breve stabilito dall'art. 656 dello stesso codice per le sentenze pronunciate nei giudizî di esecuzione mobiliare.*

2. — La giurisprudenza, anche quella anteriore alle due sentenze sopra ricordate (1), è unanime nel ritenere che qui sia applicabile l'art. 656: essa, partendo dal considerare che questi procedimenti privilegiati hanno funzione prevalentemente esecutiva, fa un parallelo tra l'« ordine di pagamento » che si trova nella ingiunzione e la « intimazione di pagare » che si trova nel precetto dell'ordinaria esecuzione sui mobili (art. 577 Cod. proc. civ.) e sugli immobili (art. 659 Cod. proc. civ.) (2); e (poiché l'art. 17 del T.U. 14 aprile 1910 esige dopo la ingiunzione anche il precetto nel caso che la pubblica amministrazione voglia procedere a esecuzione immobiliare) assimila più specialmente la ingiunzione a un precetto mobiliare (3). A questa assimilazione la giurisprudenza è spinta anche dal considerare che la ingiunzione è espressamente indicata dalle succitate leggi come « primo atto della procedura coattiva » (art. 2 T.U. 14 aprile 1910), come « primo atto coattivo » (art. 134 T.U. 20 maggio 1897): il che sembra confermare sempre più l'analogia tra la ingiunzione e il precetto, il quale appunto, come si sa, è generalmente considerato come il primo atto del processo esecutivo ordinario (4). Onde da tutte queste considerazioni essa è tratta naturalmente a decidere che la opposizione contro la ingiunzione, primo atto della esecuzione, è un incidente del processo esecutivo, che rientra tra quelli previsti dall'art. 656.

Confesso che questo modo di argomentare, giuocando su certe somiglianze di espressione, sotto le quali forse si cela una profonda differenza sostanziale, mi lascia perplesso. Io credo che per comprendere convenientemente la natura di questi procedimenti privilegiati

---

(1) Cfr. Cass. Roma, 31 dicembre 1917, in *Giur. it.*, 1917, I, 1, 100 e App. Bologna, 13 aprile 1917, in *Giur. it.*, 1917, I, 2, 312 (sull'art. 3 T.U. 14 aprile 1910). Conforme: MATTIROLO, *Trattato*, V (5ª ed.), n. 1061.

(2) App. Genova, 7 maggio 1920, cit., pag. 261.

(3) Cass. Roma, 31 dicembre 1917, cit., pag. 101.

(4) Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, V, n. 1040.

e quindi del giudizio sulla opposizione alla ingiunzione, sia necessario risalire ai principî caratteristici di quel procedimento *monitorio* o *ingiunzionale*, di cui tali procedimenti sono una forma, forse un po' spuria, ma certo riconoscibile: e approfondir la sostanza di questi istituti, prima di contentarsi dei parallelismi verbali. Che la giurisprudenza, prima di risolvere la questione in sé piccola del termine di appello, non abbia sentito la necessità di approfondire una questione assai più importante quale è quella della natura del procedimento monitorio in generale, non fa meraviglia, quando si pensi che nel diritto processuale italiano questa forma di procedimento non si trova regolata come istituto generale ed è ammessa soltanto in casi speciali, tra i quali rientrano appunto i procedimenti privilegiati di cui qui si discorre: talché si comprende come la giurisprudenza non sia giunta ancora a trarre da questi casi sporadici una visione sistematica e complessiva dell'istituto, e abbia preferito caso per caso limitarsi a una diligente esegesi delle singole disposizioni. Ma poiché il processo monitorio è un istituto di origine italiana al quale si riannodano tutte le forme di procedimento privilegiato che il nostro diritto contempla, e poiché d'altra parte questo processo, che il nostro legislatore ha già adottato per le colonie nell'Ordinamento giudiziario libico (5), è ormai in vigore anche in alcuni territorî del Regno, cioè nelle terre redente tuttora sottoposte alla legislazione processuale austriaca (6), sembra opportuno richiamar brevemente i caratteri più notevoli dell'istituto, i quali probabilmente ci serviranno di sicura guida a risolvere la questione pratica, ch'è oggetto di questa *Nota*, nel senso assolutamente opposto a quello adottato finora dalla nostra giurisprudenza.

3. — Non mi indugerò qui a esaminare nei particolari le norme che disciplinano il processo monitorio nel diritto austriaco, germanico e svizzero, né a rivendicare la sua origine prettamente italiana, né a dimostrare i grandi vantaggi che deriverebbero dall'ammetterlo come istituto generale anche nella nostra legislazione: per questo mi rimetto a quanto autorevolmente scrissero il MORTARA (7), il CHIOVENDA (8), il DE PALO (9): è noto d'altronde che ripetutamente la

---

(5) R.D., 20 marzo 1913, n. 289, artt. 49-58 (*Procedimento monitorio*).

(6) In Austria il procedimento monitorio trovasi tuttora regolato dalla Legge 27 aprile 1873, n. 67 *über das Mahnverfahren*, la quale è stata però modificata dalla *Gerichtsentlastungsnovelle* del 1° giugno 1914, Artikel V.

(7) *Commentario*, vol. V, nn. 13-14; cfr. anche la *Relazione* al disegno 16 luglio 1919, citato in seguito.

(8) *Principii*, 3ª ed., pag. 210 e segg.

(9) *Titolo esecutivo*, pagg. 32-33.

introduzione del procedimento monitorio in Italia è stata oggetto di disegni di legge, quali il disegno ORLANDO del 1909 (10) e il disegno MORTARA (11) del 1919, che faceva tesoro delle proposte presentate anche su questo punto alla Commissione per il dopo guerra dal CHIOVENDA (12); ma ambedue questi disegni hanno vissuto quanto vivono, in Italia, non solo le rose, ma anche i ministeri: « *l'espace d'un matin* ».

Io debbo limitarmi, invece, a riassumere sulla traccia, specialmente del diritto austriaco (il quale è, a mio avviso, quello che dà al nostro istituto una disciplina più semplice e più logicamente rispondente alla sua finalità) (13), quei caratteri generali del procedimento che meglio possano servire a indicarci la sua posizione sistematica nel diritto processuale. La funzione del procedimento monitorio trae la sua ragion d'essere da questa osservazione d'esperienza: che nella gran maggioranza dei procedimenti di cognizione che si iniziano dinanzi all'autorità giudiziaria per la riscossione di crediti, il contraddittorio, quando non viene addirittura a mancare per la contumacia del convenuto, si riduce ad essere un vano perditempo, poiché il debitore non ha nulla da eccepire alla domanda o si limita, con intento puramente dilatorio, a opporre una negativa generica non sussidiata da alcun argomento serio (14).

Per evitare al creditore, il quale mira a ottenere sollecitamente l'accertamento giudiziario del suo credito per passar subito all'esecuzione, gli indugi e le spese del contraddittorio, i quali nel processo ordinario sono inevitabili anche quando il contraddittorio non giova a nulla, il procedimento monitorio mira non già a eliminare, ma ad abbreviare, a contrarre, a sintetizzare, per dir così, lo stadio di cognizione, aprendo al creditore la strada per giungere al titolo esecutivo senza passar necessariamente per il contraddittorio. A questo scopo la iniziativa del contraddittorio, la quale nel processo ordinario spetta al creditore che la esercita in veste di attore mediante la *vocatio in ius*, passa nel debitore: il creditore, infatti, invece di citare il debitore a comparir dinanzi al giudice, si rivolge direttamente al

---

(10) Presentato alla Camera dei Deputati il 24 maggio 1909 (Legisl. XXIII, sess. 1909, Doc. n. 149) artt. 23-29.

(11) Disegno di Legge sul « *Procedimento per ingiunzione* » 16 luglio 1919 (Atti della Camera dei Deputati, Legisl. XXIV, sess. 1913-19, Doc. n. 1177).

(12) *La riforma del procedimento civile proposta dalla commissione per il dopo guerra* (Napoli, 1920), Relazione, § 156 e Testo, artt. 197-204.

(13) Sulla maggior complicazione che il procedimento monitorio ha nel diritto germanico (§§ 688-703 *CPO*) cfr. POLLAK, nello scritto citato nelle note seguenti, pagg. 128-129.

(14) Cfr. *Relazione* ORLANDO al disegno 24 maggio 1909, pagg. 18-19. *Relazione* MORTARA, al disegno 16 luglio 1919, pagg. 2-3.

giudice, il quale, se il credito vantato ha alcuni requisiti di certezza e di liquidità (che variano secondo le diverse legislazioni), gli rilascia *inaudita altera parte* un ordine di pagamento (*ingiunzione*), intimante al debitore di soddisfare entro un certo termine l'obbligo suo; se il debitore intimato crede di aver delle valide ragioni da contrapporre alla pretesa del debitore, spetta a lui provocare il contraddittorio mediante opposizione dinanzi l'autorità giudiziaria da cui l'ordine fu emesso, la quale per effetto della opposizione si trova così investita della cognizione sul merito della controversia. La ingiunzione emanante dalla autorità giudiziaria ha dunque carattere condizionale (« *ein bedingter Zahlungsbefehl* » è chiamata infatti dalle leggi austriache e germaniche); se il debitore non fa opposizione, l'ingiunzione, scaduto il termine, acquista la forza di un titolo esecutivo; ma, se il debitore si oppone tempestivamente, l'ingiunzione perde ogni efficacia esecutoria (15).

4. — Sulla posizione sistematica da dare al processo monitorio non sono concordi gli scrittori tedeschi e austriaci (16): se la mancanza del contraddittorio, in seguito alla quale resta nell'ombra quell'elemento *contenzioso* a cui la dottrina tradizionale riannoda il concetto di giurisdizione, può indurre ad avvicinare il processo monitorio ai procedimenti di giurisdizione volontaria, d'altra parte l'orientamento evidentissimo ch'esso ha verso la esecuzione, per raggiunger la quale esso scavalca tutti gli ostacoli della cognizione ordinaria, può farlo sembrare una forma di procedimento esecutivo.

Ambedue queste opinioni hanno trovato dei sostenitori: il MENGER la prima (17), lo SKEDL, la seconda (18).

Sulla prima non mi pare che metta conto soffermarsi a lungo, perché essa si basa su un concetto di giurisdizione volontaria oggi tramontato: quando, invece, nella giurisdizione volontaria si scorga,

---

(15) Legge austr. 27 aprile 1873, § 9; Ord. giud. libico, art. 54; Proposta CHIOVENDA, art. 202.

(16) Cfr. specialmente POLLAK, *Über die systematische Stellung des Mahnverfahrens* (in *Zeits. für deutsc. Civilprozess*, XIX, pag. 126 e segg.).

(17) *System des österreichischen Civilprozessrechts* (Wien, 1876), pag. 78 nota 30.

(18) *Das Mahnverfahren* (Leipzig, 1891): questa monografia, ricca di materiali storici, tende a dimostrare che il processo monitorio è nato come una speciale forma di esecuzione e che solo in seguito ai fraintendimenti della dottrina del diritto comune, è stato erroneamente considerato come una forma abbreviata di cognizione: cfr. pagg. 2, 39, 105, 117, ecc. Il PLÓSZ, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, pagg. 132 e segg., definisce il processo monitorio come un « *Versuch der Exekution* ».

come fa la dottrina ultima, una attività oggettivamente amministrativa di cui è caratteristico effetto la costituzione di rapporti giuridici nuovi, è evidente che all'ingiunzione del processo monitorio, la quale mira ad accertare e a soddisfare un rapporto di credito già esistente, non si può attribuire carattere costitutivo più di quanto si possa attribuire a una comune sentenza di condanna. La seconda opinione sembra invece, a prima vista, più attendibile, e merita di essere perciò più attentamente considerata; ma, mentre mi riserbo di dire tra poco (n. 5) le ragioni per cui mi sembra tuttavia da respingere, rilevo fin d'ora ch'essa è respinta dalla maggioranza degli scrittori tedeschi, i quali vedono nel processo monitorio una forma di processo *sommario determinato* (19), che, sia pure attraverso una cognizione abbreviata, appartiene sempre alla fase in cui il diritto si accerta, non alla fase in cui il diritto si esegue (20). A quest'ultima opinione si ricollega da noi il CHIOVENDA, il quale, mentre gli scrittori italiani i lui precedenti avevano incidentalmente accennato a questo tipo di procedimento in relazione all'esecuzione (21), classifica il processo monitorio tra quelli « accertamenti con prevalente funzione esecutiva » che, se pur mirano ad avvicinare l'inizio dei veri e proprî atti esecutivi, si compiono tuttavia in uno stadio anteriore, in quanto restano sempre degli « accertamenti » che dichiarano il diritto e preparano, *ma non iniziano*, la sua futura esecuzione forzata (22).

5. — L'atto caratteristico ed essenziale del processo ordinario di cognizione, la sua conclusione naturale alla quale cooperano in rapporto di mezzi a scopo tutti gli atti anteriori, è la sentenza; l'atto tipico e conclusivo del processo monitorio è, nei casi in cui il debitore non fa opposizione, la ingiunzione. In qual modo, nella prima e nella seconda forma di processo, i soggetti del rapporto processuale debbano comportarsi per arrivare alla loro meta, qui non ci interessa: dovendo fare un raffronto tra questi due tipi di procedimento, non dobbiamo preoccuparci tanto di paragonare le forme colle quali rispettivamente si iniziano e si svolgono, quanto di vedere se i risultati finali a cui l'uno e l'altro rispettivamente conducono siano sostanzialmente differenti: se vedremo che l'atto conclusivo ha nei due procedimenti efficacia sostanzialmente identica, potremo da ciò argomentare che identica è anche la natura dei due procedimenti stessi.

---

(19) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 5 e pag. 202 nota 1.

(20) WACH, *Handbuch*, I, pag. 46; cfr. anche KOHLER, *Prozessrechtl. Forschungen*, pag. 130; DREICHSELER, scritto citato in seguito.

(21) Cfr. MORTARA e DE PALO, citati nelle note 7 e 9.

(22) *Principii*, § 8 *bis*, n. IV.

Se, tra i varî tipi di sentenza, ci fermiamo sulla sentenza di condanna, cioè su quella che offre più numerosi i punti di contatto colla ingiunzione del processo monitorio, vediamo che il suo elemento caratteristico è la formulazione di un *comando*, che la concreta volontà di legge in essa accertata rivolge, per bocca del giudice, al condannato, affinché egli esegua una certa prestazione: questo comando prepara la esecuzione, in quanto esso è contemporaneamente rivolto agli organi esecutivi, affinché, in caso di mancato adempimento spontaneo da parte del condannato, eseguano forzatamente contro di lui la volontà di legge accertata dalla sentenza. La sentenza di condanna è dunque, oltreché accertamento di diritto, ordine di prestazione e fondamento della esecuzione forzata.

La funzione dell'ingiunzione nel processo monitorio non è diversa, quando il debitore non faccia opposizione, dalla funzione della sentenza di condanna nei tre momenti sopra indicati; che l'ingiunzione sia un ordine di prestazione al debitore, non c'è bisogno di dimostrare, dopo quanto si è detto, descrivendo (n. 3) la struttura del processo monitorio. Può sembrare però che questo ordine di pagamento che il giudice emana *inaudita altera parte* non abbia per base, come invece ha sempre il comando contenuto nella sentenza di condanna, un accertamento di diritto, del quale par che non si possa parlare là dove manca, come manca nel processo monitorio, un contraddittorio e una istruttoria. Senonché, anche qui bisogna non fermarsi alle apparenze: accertamenti senza contraddittorio e senza istruttoria si hanno talora anche nel vero e proprio processo di cognizione: in quelle legislazioni, come la germanica (§ 331 *C.P.O.*) e l'austriaca (§ 396 *C.P.O.*) nelle quali la contumacia del convenuto importa ammissione dei fatti dedotti dall'attore, si ha nella sentenza contumaciale un accertamento di diritto, al quale non precede né un contraddittorio tra le parti né una indagine del giudice sulla fondatezza dei fatti allegati dall'attore. Nel processo monitorio si produce appunto un fenomeno analogo a quello che avviene nel processo contumaciale; la mancata opposizione del debitore intimato fa ritenere come fondata la pretesa avanzata dal creditore e attribuisce retroattivamente alla ingiunzione emessa dal giudice il carattere di un vero e proprio accertamento giurisdizionale (23).

L'ingiunzione del processo monitorio è dunque, come la sentenza

---

(23) Cfr. DRECHSLER, *Über die Begriffe Civilprozess und Rechtsstreit*, in *Archiv f. d. civ. Praxis*, XLII, pagg. 419-421. L'equiparazione della ingiunzione emessa nel procedimento monitorio ad una sentenza contumaciale è espressamente fatta dal § 700 del *CPO* germanico; e già si trova negli scrittori del diritto comune: cfr. SKEDL, *op. cit.*, pag. 46 e pag. 104.

di condanna, un ordine di prestazione basato su un accertamento di diritto (24); ma la perfetta analogia colla sentenza di condanna si manifesta anche quando si esamini il rapporto che passa fra la ingiunzione e la esecuzione forzata. Il procedimento monitorio è orientato tutto quanto, come sappiamo, « allo scopo di provvedere un « titolo esecutivo pronto e poco dispendioso » (25) al creditore: esso non mira, cioè, a dare al creditore qualcosa di diverso e di più efficace di quello che anche l'ordinario processo di cognizione potrebbe dargli nella sentenza di condanna, ma a dargli lo stesso risultato con minor spreco di tempo e di denaro. Il creditore, mediante il processo monitorio, riesce a ottenere presto quel titolo esecutivo, che la cognizione ordinaria gli darebbe solo dopo molto indugio; ma, una volta ch'egli è riuscito ad ottenere rapidamente nel processo monitorio il titolo per passare all'esecuzione, egli si trova, di fronte alla esecuzione, nella stessa condizione in cui si troverebbe se il suo credito fosse stato accertato da una sentenza di condanna. L'ordine di pagamento non è, verso la esecuzione, un passo più avanti di quanto sia la sentenza di condanna; esso serve di fondamento alla esecuzione, è titolo esecutivo (26), ma non è ancora inizio di esecuzione.

L'ordine di pagamento emesso nel processo monitorio contiene dunque tutti gli elementi di una sentenza di condanna (accertamento di diritto; ordine di prestazione; titolo esecutivo); e può pertanto a una sentenza definitiva esser correttamente equiparato (27).

---

(24) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 212: se il debitore non fa opposizione « l'ordine diventa definitivo e non solo rende possibile la esecuzione ma produce « ancora, come una sentenza, l'accertamento del diritto ».

(25) *Relazione* MORTARA al disegno 16 luglio 1919, cit., pag. 2.

(26) Cfr. POLLAK, nello scritto citato il quale giustamente rileva come a fraintendere la vera natura della ingiunzione nel processo monitorio possa indurre la sua apparente somiglianza con quell'ordine di iniziar l'esecuzione che, nel diritto comune, il vincitore doveva ottener dal giudice prima di passare agli atti esecutivi in base a sentenza di condanna ottenuta nello stadio di cognizione (pag. 129 e segg.). Anche i nostri processualisti annoverano tra i titoli esecutivi l'ordine di pagamento emesso nel procedimento monitorio: cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 248; MORTARA, *Comm.*, V, pag. 29: DE PALO, *Titolo esecutivo*, pag. 204.

(27) Cfr. Cod. proc. civ., art. 379; disegno ORLANDO, art. 23 cpv. ultimo; proposta CHIOVENDA, art. 204; disegno MORTARA, art. 6. LO SKEDL, op. cit., pag. 117, come argomento contrario alla equiparazione della ingiunzione a una vera e propria sentenza, cita quelle disposizioni delle leggi regolanti il procedimento monitorio, le quali stabiliscono che l'ordine di pagamento perda ogni efficacia, se dentro un breve termine il creditore non proceda effettivamente all'esecuzione (legge austr., 1873, § 16; *CPO* germanico, § 701; cfr. disegno ORLANDO, art. 7; disegno MORTARA, art. 29). Ora è opportuno rilevare che la *GEG* austriaca del 1° giugno 1914 ha abolito il § 16 della legge 1873, perché

Sembrami con ciò di avere sufficientemente dimostrato che il procedimento monitorio non è una speciale forma di processo esecutivo, poiché l'ordine di pagamento non ha carattere esecutivo più di quanto lo abbia una comune sentenza di condanna. Il creditore che esperimenta il processo monitorio non ha ancora in sua mano il titolo esecutivo (se lo avesse, passerebbe senz'altro alla esecuzione), e mira appunto, poiché senza titolo esecutivo non esiste azione esecutiva (art. 553 Cod. proc. civ.), a procacciarselo: l'ingiunzione, che acquista forza esecutiva allo scader del termine, è appunto quel titolo che il creditore cerca, è appunto il mezzo, che egli finora non aveva, per iniziare la fase processuale di esecuzione non ancora iniziata; dire che l'ingiunzione fa già parte della esecuzione, è come dire che è già entrato in una stanza colui che va in cerca della chiave per aprirne la porta!

6. — Sul carattere del procedimento monitorio considerato nella sua forma più genuina, mi pare dunque che non possa esservi più dubbio: esso è un processo di cognizione abbreviato, non è un processo esecutivo; esso arriva prima, ma si ferma in relazione all'esecuzione nello stesso punto in cui si ferma l'ordinario processo dichiarativo. Dobbiamo però domandarci ora, tornando alla questione pratica che ha dato origine a questa nota, se il carattere esecutivo, che il procedimento monitorio in generale non ha, possa riscontrarsi eccezionalmente in quelle speciali forme di procedimento coattivo a favore della pubblica amministrazione, che, come già si è detto, rappresentano speciali applicazioni dell'istituto finora studiato nella sua forma tipica e genuina. Guardiamo quali sono le più notevoli deviazioni che distinguono i procedimenti coattivi a favore della pubblica amministrazione dal procedimento monitorio finora descritto e indaghiamo se ciascuna di esse può aver la efficacia di attribuire al procedimento quel carattere esecutivo che esso, in generale, non ha.

7. — *a*) Una prima differenza che passa tra il procedimento monitorio vero e proprio, e queste forme speciali di procedimento coattivo, è la seguente: che, mentre nel primo l'ordine di pagamento emana dal giudice (28), in queste ultime l'ordine di pagamento emana immediatamente dalla pubblica amministrazione e soltanto in un

---

ha considerato quella disposizione come contraria alla natura del procedimento monitorio.

(28) Legge austriaca 27 aprile 1873, § 2; disegno ORLANDO, art. 23; proposta CHIOVENDA, art. 198; disegno MORTARA, art. 4, ecc.

momento successivo, è « vidimato e reso esecutorio » (29) dalla autorità giudiziaria: parrebbe dunque che in questo secondo caso, poiché la ingiunzione è fin da principio un atto amministrativo fornito d'esecutorietà in virtù del carattere privilegiato del credito (30), il procedimento coattivo non serva già a creare un titolo esecutivo per l'amministrazione creditrice, ma serva invece a iniziare la esecuzione in base a un titolo esecutivo già esistente. Questa è infatti la opinione espressa dal CAMMEO, secondo il quale (31) « il *titolo* della pretesa « al pagamento della tassa è la *liquidazione* fattane dal competente « ufficio... La procedura si inizia con l'*ingiunzione* che è il primo atto « coattivo equivalente a precetto mobiliare... »; nell'atto con cui il giudice vidima e rende esecutoria la ingiunzione « non sembra del « tutto esatto... ravvisare una funzione giurisdizionale di accerta- « mento... Il pretore non può conoscere del merito della pretesa affac- « ciata dall'ammministrazione, ma sindaca soltanto se questa pretesa, « fondata o no, appartenga alla categoria di quelle suscettibili di tal « forma d'esecuzione e sieno rispettate le forme; la sua attribuzione « non è in sede di giurisdizione contenziosa né di giurisdizione vo- « lontaria; è una di quelle attribuzioni innominate prevedute dall'arti- « colo 89 del Cod. proc. civ. ». Orbene, con tutto l'ossequio ch'io professo per gli insegnamenti dell'illustre pubblicista, sono d'avviso che questa costruzione da lui proposta non risponda alla realtà delle cose. Il fatto che nel procedimento monitorio a favore di privati l'ordine di pagamento sia materialmente redatto dal giudice in base a domanda del creditore, mentre in questi speciali procedimenti coattivi il giudice si limita ad opporre all'ordine di pagamento materialmente redatto dal funzionario amministrativo un semplice visto d'esecutorietà, ha, secondo me, una importanza meramente formale, mentre, in sostanza, così nel primo come nel secondo caso, la possibilità per il creditore di passare alla esecuzione forzata sui beni del debitore deriva unicamente dall'intervento dell'autorità giudiziaria, la quale, o sotto forma di esplicito ordine di pagamento nel primo caso o sotto forma di semplice visto di esecutorietà nel secondo, *trasforma*

---

(29) T.U. 14 aprile 1910, art. 3; T.U. 20 maggio 1897, art. 134.

(30) Cfr. Cass. Roma, 24 giugno 1884 (citata da CAMMEO, *Commentario*, vol. I, pag. 691 in nota): « La esecutorietà del mandato cosiddetto d'ingiunzione « che, quale atto amministrativo spicca l'agente demaniale, proviene dalla virtù « privilegiata del credito e non dall'autorità giurisdizionale del pretore ». In questo senso: Cass. Roma, 12 gennaio 1917 (in *Cassazione unica civile*, 1917, col. 20), secondo la quale « la vidimazione del Pretore non costituisce che una « formalità estrinseca, un completamento della ingiunzione » (?).

(31) *Comm.*, loc. cit. nella nota precedente, e nota 3 a pag. 689.

in titolo esecutivo una pretesa che fino a quel momento non era esecutoria.

Io parto da questa premessa: che di processo esecutivo non si possa parlare finché non esiste un titolo che dia diritto a chi lo possiede di passare senz'altro alla esecuzione; ora si può dire che, in queste speciali forme di procedimento coattivo, esista nella pubblica amministrazione il diritto di eseguire, anteriore all'intervento dell'autorità giudiziaria? Evidentemente no, se il visto di questa sull'ingiunzione serve appunto a renderla esecutoria, cioè a dare ad essa quella esecutorietà ch'essa finora non aveva. Il CAMMEO insegna, nel passo surriportato, che in questi procedimenti « il *titolo* della pretesa al pa« gamento della tassa è la *liquidazione* fattane dal competente ufficio »; ma non mi par dubbio che egli adopri qui la parola *titolo* in quel senso generico di *causa petendi* in cui questa espressione si adopra quando si parla del titolo come di uno degli elementi di qualunque azione, e quindi anche delle azioni di condanna, e non già nel senso specifico di *titolo esecutivo*: in verità non si vede, infatti, come si potrebbe considerare quale titolo esecutivo la liquidazione di tassa fatta dall'amministrazione, quando le stesse leggi che regolano la materia stabiliscono che la pretesa dell'amministrazione non ha forza esecutoria finché questa forza non le vien comunicata dal giudice (32).

Né, d'altra parte, mi pare esatto dire che qui il visto di esecutorietà posto dall'autorità giudiziaria non ha carattere giurisdizionale, solo perché il giudice « non può conoscere del merito della pretesa »: tanto varrebbe negare carattere giurisdizionale alla sentenza contumaciale, solo perché nelle legislazioni a tipo tedesco il giudice non può indagare se i fatti allegati dall'attore, in contumacia del convenuto, siano o no fondati. A me pare, invece, che con perfetta esattezza la funzione propria del visto di esecutorietà in questi speciali procedimenti coattivi sia stata paragonata alla funzione del decreto del Pretore che, secondo l'art. 24 Cod. proc. civ., rende esecutivo il lodo arbitrale (33); come la decisione degli arbitri non ha, di per sé sola, la efficacia di un atto giurisdizionale, ma costituisce soltanto un materiale logico preparato da privati che l'autorità giudiziaria utilizza

---

(32) Anche li CAMMEO, *op. cit.*, pag. 691 riconosce (nel testo) che in questi casi non vi è « un *titolo esecutivo* ai sensi ed agli effetti della procedura civile »: questo titolo esecutivo comincia a esistere soltanto in virtù del visto posto dall'autorità giudiziaria.

(33) Il CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, pag. 25 in nota, avvicina « i casi nei quali l'organo giurisdizionale conferisce esecutorietà ad accertamenti « o non giurisdizionali (lodo) o di giurisdizioni straniere: e i casi in cui esso « accerta in forma privilegiata prestazioni di carattere privilegiato, ecc. ».

per trasformarlo in sentenza, aggiungendovi l'elemento imperativo che vi mancava finora (34), così la ingiunzione che nei procedimenti coattivi emana dalla pubblica amministrazione non è ancora quell'ordine di pagamento fornito di esecutorietà che comincerà ad esistere quando l'autorità giudiziaria lo avrà fornito del suo visto, ma è soltanto per dir così un « progetto » di ordine di pagamento, una « bozza » ancora incompleta e inefficace, che si trasformerà in titolo esecutivo solo al momento in cui il giudice vi apporrà la sua firma. Il fatto che la pubblica amministrazione sia qui incaricata di compilare questa « bozza » di ingiunzione, che poi l'autorità giudiziaria deve firmare, mentre nel comune procedimento monitorio la preparazione del contenuto dell'ingiunzione è fatta dallo stesso giudice, non mi sembra che possa far dimenticare che nell'un caso e nell'altro l'efficacia obbligatoria dell'ingiunzione deriva proprio ed unicamente da questa « firma » del giudice, senza la quale il titolo esecutivo non comincia mai ad esistere.

8. — *b*) Una seconda differenza tra il procedimento monitorio sopra descritto e i procedimenti privilegiati a favore della pubblica amministrazione consiste in ciò: che mentre nel procedimento monitorio la opposizione del debitore fa cadere nel nulla la ingiunzione, in questi procedimenti speciali la opposizione tempestiva del debitore non sospende, di regola, il procedimento coattivo (35). Dobbiamo ritenere che questa eseguibilità dell'ingiunzione nonostante la opposizione del debitore faccia perdere ad essa in questi procedimenti speciali quei caratteri che le abbiamo riconosciuti in generale (n. 5)? Ritengo di no: infatti il fenomeno per il quale la ingiunzione è qui eseguibile nonostante la opposizione, è perfettamente analogo a quello per il quale può esser dichiarata provvisoriamente eseguibile nonostante l'appello la sentenza che decida intorno a una domanda fondata su un titolo autentico (art. 363 n. 1 Cod. proc. civ.): come la sentenza vien dichiarata provvisoriamente eseguibile, perché, essendo basata su un documento attendibile qual'è un titolo autentico, un calcolo delle probabilità fa ritenere che la sentenza d'appello sarà conforme a quella di prima istanza, così nel caso nostro è provvisoriamente eseguibile la ingiunzione, perché, dato il carattere pubblico dell'amministrazione creditrice, è presumibile che il credito sia fondato e

---

(34) Chiovenda, *Principii*, pagg. 108-109 in nota; Carnelutti, *Arbitrato estero*, n. 5 (in *Riv. dir. comm.*, 1916, 1, pag. 374 e segg.).

(35) T.U. 20 maggio 1897, art. 135; invece per il T.U. 14 aprile 1910 la opposizione tempestiva *può* far sospendere il procedimento se l'autorità giudiziaria adita ritenga opportuno ordinarlo.

che sprovvista di serio fondamento sia la opposizione avanzata dal debitore (36). Il CHIOVENDA distingue gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva in tre categorie: accertamenti con cognizione *incompleta perché non definitiva*; accertamenti con cognizione *incompleta perché parziale*; accertamenti con cognizione *incompleta perché superficiale*; e, mentre nella prima categoria fa rientrare le condanne con esecuzione provvisoria, nella terza categoria fa rientrare gli ordini di prestazione del processo monitorio (37). Orbene, nella ingiunzione che viene emanata in questi procedimenti privilegiati a favore della pubblica amministrazione si trovano riuniti i caratteri di un accertamento della prima categoria con i caratteri di uno della terza: la pubblica amministrazione, cioè, viene con questo procedimento coattivo a godere un trattamento di favore non solo in quanto l'ingiunzione viene resa esecutoria *inaudita altera parte* (cognizione incompleta perché superficiale), ma anche in quanto la esecutorietà è riconosciuta all'ingiunzione sebbene essa non sia definitiva (cognizione incompleta perché non definitiva). Si ha dunque in questo caso una cognizione *sommaria da un doppio punto di vista*; ma questa duplice contemporanea sommarietà non toglie all'ingiunzione la sua natura fondamentale di accertamento: chi volesse in questa ingiunzione scorgere il carattere di un atto esecutivo per il solo fatto ch'essa è eseguibile nonostante l'opposizione del debitore, dovrebbe logicamente far rientrare tra gli atti dello stadio esecutivo anche la sentenza di condanna munita di clausola di provvisoria esecuzione!

9. — *c*) L'argomento fondamentale sul quale la giurisprudenza si basa per sostenere il carattere esecutivo di questi procedimenti privilegiati è che, in base alla ingiunzione, la pubblica amministrazione può immediatamente procedere alla esecuzione forzata sui beni mobili, senza bisogno di farla precedere da precetto mobiliare: dalla mancanza del precetto, la giurisprudenza argomenta che la ingiunzione equivale a precetto (38), e che quindi, come il precetto è il primo atto della esecuzione ordinaria, così la ingiunzione equivalente a precetto deve considerarsi come atto di natura esecutiva. In verità dopo tutto quello che si è detto sulla natura della ingiunzione nel processo monitorio (n. 5) l'equiparazione della ingiunzione coll'atto di precetto

---

(36) Cfr. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, n. 26.

(37) *Principii*, pag. 202.

(38) Cfr. anche CAMMEO, cit. nel testo, n. 7; NINA, « *Registro (Tassa di)* », in *Dig. it.*, n. 251; CLEMENTINI, *Procedimenti speciali* (1900), IV, pag. 386; App. Genova, 31 dicembre 1907, in *Temi gen.*, 1908, 51. Meno sicuro nell'assimilare la ingiunzione a precetto è invece il ROSSI, « *Precetto* », in *Dig. it.*, n. 12.

si palesa a colpo insostenibile: nell'ordinario processo esecutivo il precetto è un atto col quale il creditore, prima di iniziare la esecuzione forzata alla quale gli dà diritto un titolo ch'è già in sua mano, invoca un'ultima volta dal debitore lo spontaneo adempimento della sua obbligazione entro un termine stabilito (39); il precetto, dunque, è atto ben distinto dal titolo esecutivo che dev'essere notificato a parte al debitore, e non ha altro ufficio che quello di assegnare al debitore un ultimo termine per la volontaria esecuzione di quell'ordine di prestazione, che è già stato definitivamente formulato dalla sentenza di condanna. Quanto il precetto differisca dall'ingiunzione ognuno vede: il precetto è un atto di parte, mentre l'ingiunzione del processo monitorio è un comando dell'autorità giudiziaria; presuppone la esistenza di un titolo esecutivo (art. 562 Cod. proc. civ.), mentre la ingiunzione viene emanata quando non esiste ancora un titolo esecutivo, e poi, decorso inutilmente il termine per la opposizione, diventa titolo esecutivo essa stessa; ha lo scopo di limitare entro un preciso termine la esecuzione volontaria di un comando già formulato in una pronuncia giudiziaria, mentre la ingiunzione formula essa stessa questo comando per la prima volta, e contemporaneamente prefigge il termine entro il quale esso può essere volontariamente eseguito dallo obbligato: e si potrebbe continuare ancora nell'enumerar differenze. Certo, la speciale struttura del procedimento monitorio rende inutile, più di quanto sia inutile nella esecuzione in base a sentenza (40), il precetto come atto separato di parte, poiché la ingiunzione contiene già in sé quella prefissione di un termine per la esecuzione volontaria che non si trova di solito nelle sentenze di condanna; ma tra il dire che la ingiunzione adempie *anche* alla funzione del precetto, c'è una bella distanza! Di solito, quando all'esecuzione forzata si procede in base a sentenza di condanna, la fase di cognizione appare nettamente staccata dalla fase di esecuzione, perché l'atto con cui la prima termina (sentenza di condanna) e l'atto con cui la seconda s'inizia (precetto) sono separati e distinti; in questi speciali procedimenti coattivi, invece, un atto solo che è l'ingiunzione cumula in sé insieme colle molteplici e importantissime funzioni che nel processo ordinario di cognizione ha la sentenza, anche la funzione assai meno importante che nell'ordinario processo di esecuzione ha il precetto; ora, sol perché la ingiunzione del processo monitorio riassume e compendia le funzioni di atti separati nel processo ordinario, è lecito

(39) Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, V, n. 372.

(40) Sulla inutilità del precetto in generale cfr. MORTARA, *Comm.*, V, n. 76; il disegno ORLANDO aboliva il precetto (art. 30 e segg.; cfr. la *Relazione* ad esso premessa, pagg. 19-21).

dire che essa perde la sua natura originaria e fondamentale che è, come sappiamo, quella di un accertamento di diritto, costituente titolo esecutivo?

Dal fatto che nei procedimenti coattivi a favore della pubblica amministrazione si fa a meno del precetto mobiliare (e non anche di quello immobiliare come già si disse al n. 2) non si può dunque argomentare che la ingiunzione propria di questi procedimenti abbia carattere esecutivo: anche nel processo monitorio *puro*, la cui struttura non è complicata, come quella dei procedimenti coattivi di cui qui si parla, dal carattere pubblico dell'amministrazione creditrice, il precetto mobiliare viene a perdere ogni funzione (41), senza che perciò l'ordine di pagamento rilasciato a favore del privato assuma il carattere di un precetto. Nello stesso processo ordinario si ha, del resto, un caso in cui « non è necessario il precetto per l'esecuzione di una sentenza quando si proceda nei centoottanta giorni successivi alla notificazione della medesima, se la sentenza condanni a consegnare cose mobili o a rilasciare immobili *colla prefissione del termine in cui si debba eseguire la consegna o il rilascio* » (art. 565 Cod. proc. civ.).

I punti di analogia che questa sentenza di condanna ha colla ingiunzione del processo monitorio non possono sfuggire a nessuno; anch'essa, come la ingiunzione, contiene un ordine di prestazione che deve essere eseguito entro un prefisso termine; e, se si suppone che una siffatta sentenza, pronunciata in primo grado, sia munita della clausola di provvisoria esecuzione, il suo parallelismo colla ingiunzione degli speciali procedimenti coattivi a favore della pubblica amministrazione, si dimostra perfetto. Orbene, chi partisse dal principio che l'ingiunzione del processo monitorio ha carattere esecutivo, solo perché, contenendo sempre una prefissione di termine, assorbe sempre in sé la funzione del precetto, sarebbe tratto dallo stesso modo di ragionare ad ammettere che anche la speciale sentenza di condanna

---

(41) Disegno MORTARA, art. 6: « Non è necessaria la notificazione del pre- « cetto per procedere al pignoramento sui beni mobili entro venti giorni dalla « scadenza del termine predetto ». Cfr. anche gli artt. 30 e 31 del disegno ORLANDO, e la *Relazione* premessa al medesimo, pag. 19, ov'è detto: « quando si « procede in base al decreto d'ingiunzione che funziona esso medesimo da pre- « cetto, con l'assegnazione del termine per pagare o fare opposizione la inutilità « di altra intimazione è palese. Ed è giusto del pari riconoscerla inutile allorché, « entro un termine relativamente breve dalla notificazione di una sentenza fornita « di immediata esecutorietà si procede agli atti di espropriazione ». Anche la notificazione separata del titolo esecutivo, il quale nel processo ingiunzionale è costituito dalla stessa ingiunzione, diventa superflua nel processo monitorio. Cfr. art. 16, T.U. 14 aprile 1910.

contemplata dall'art. 565 ha natura esecutiva, soltanto perché può essere eseguita senza bisogno di precetto: e non si vede come la giurisprudenza, che ritiene appellabile nel termine stabilito dall'art. 656 la sentenza pronunciata sulla opposizione alla ingiunzione nei procedimenti coattivi, potrebbe coerentemente rifiutarsi di applicare lo stesso più breve termine d'appello anche alla sentenza prevista dall'art. 565!

10. — Per concludere, io sono d'avviso che le differenze che passano tra il vero e proprio processo monitorio e queste speciali forme di procedimenti coattivi a favore della pubblica amministrazione non siano tali da attribuire alla ingiunzione che viene emanata in questi procedimenti quel carattere di atto esecutivo che essa nel processo monitorio non ha. Tutto quanto il processo monitorio è preordinato, lo ripetiamo, a facilitare la esecuzione; e tanto più a facilitarla sono preordinati i nostri procedimenti coattivi, i quali, dato il carattere pubblico dell'amministrazione creditrice, fanno a questa un trattamento di eccezionale favore, rafforzato anche dal principio del « *solve et repete* » (42); ma tutto questo non può farci dimenticare che la ingiunzione è pur sempre atto di dichiarazione e non di esecuzione, titolo per eseguire e non inizio di procedura esecutiva. Né a persuadermi del contrario valgono, dopo tutto quello che s'è detto sulla sostanza dell'istituto, le ragioni che la giurisprudenza desume da qualche espressione ambigua delle leggi che regolano i procedimenti coattivi: anzi, se proprio mette conto baloccarsi colla terminologia tutt'altro che rigorosa dei testi, è facile convincersi che quando le leggi regolanti la materia chiamano la ingiunzione il « primo atto « della procedura coattiva » (n. 2), danno alla parola « coattiva » un significato assai più largo di quello che avrebbe la parola « esecutiva », e vogliono con ciò intendere che la ingiunzione è il primo atto di un procedimento *sui generis*, il quale pur avendo la natura di un procedimento di cognizione abbreviato, ha però *lo scopo* di affrettare la esecuzione forzata e viene perciò indicato brevemente col nome di procedimento « coattivo »: la miglior prova di ciò è data dall'art. 2 del T.U. 14 aprile 1910 e dall'art. 134 del T.U. 20 maggio 1897, i quali, con lievissime varianti, definiscono la ingiunzione come « l'or- « dine, emesso dal competente ufficio di pagare entro trenta (ovvero quindici) giorni, sotto pena degli atti esecutivi »; mi pare che, se si deve far questione di parole, niente valga meglio dell'ultimo inciso, comune ai due articoli sopra citati, a dimostrare che la ingiunzione

---

(42) T.U. 14 aprile 1910, art. 4; T.U. 20 maggio 1897, art. 138.

non è ancora un atto esecutivo, dal momento ch'essa si limita a minacciare l'inizio degli « atti esecutivi » per il futuro! (43).

Ma questi sono argomenti ad *abundantiam*: l'argomento fondamentale per il quale io credo che la questione pratica che ha dato origine a questa *Nota* debba esser risolta nel senso perfettamente contrario a quello che la giurisprudenza ha seguito finora, è la caratteristica funzione del processo monitorio, il quale differisce dal vero processo esecutivo così profondamente, che il confonderlo con questo non può derivare altro che da imperfetta conoscenza dell'istituto nella sua struttura e nella sua finalità. Non si può dire in verità che la nostra giurisprudenza abbia dimostrato finora di aver dello istituto una conoscenza molto approfondita; ma quello, l'ho già avvertito, è un effetto naturale della limitata e sporadica applicazione che lo istituto ha oggi nella nostra legislazione processuale. Domani, quando, com'è nostra viva speranza, il processo monitorio sarà introdotto come forma normale di cognizione abbreviata anche in Italia, la giurisprudenza sarà certamente indotta a studiarne a fondo la natura, e a ricollegare ad esso tutte quelle forme di procedimenti ingiunzionali privilegiati, che oggi, tanto per trovare una casella nella quale catalogarli, sono relegati a forza nella categoria dei processi esecutivi.

---

(43) Questa espressione dei due articoli sopracitati avrebbe dovuto mettere in guardia la giurisprudenza contro le troppo avventate equiparazioni della ingiunzione a un vero e proprio atto di precetto: la minaccia generica « degli atti esecutivi » contenuta nella ingiunzione ha infatti un valore ben diverso da quell'« avverti- « mento che si procederà al pignoramento » (art. 577) o « che si procederà alla « subastazione » (art. 659 Cod. proc. civ.), che si trova nel precetto mobiliare o immobiliare; la prima espressione, infatti, indica chiaramente che la ingiunzione non è ancora un atto esecutivo, mentre la espressione usata nel precetto, che preannuncia un singolo atto esecutivo determinato (pignoramento, subastazione), non esclude che già sia stato compiuto prima un altro atto esecutivo anteriore, quale potrebbe essere appunto il precetto. È noto, del resto, che anche sul precetto si disputa, in relazione all'art. 569 Cod. proc. civ., se si possa considerare come vero atto esecutivo: cfr. MATTIROLO, *Trattato*, V, n. 1040 e nota.

IV

TRIBUNALE COMPETENTE PER L'AMMORTAMENTO DI UN ASSEGNO CIRCOLARE (*)

1. — Non è a mia conoscenza che la questione risolta dalla surriportata sentenza del Tribunale di Firenze, sia stata prima d'ora oggetto di decisione giudiziaria (la citazione della sentenza App. Trani, 16 dicembre 1919, richiamata in questa *Rivista*, 1923, II, pag. 131, non mi pare esatta); mi sembra perciò interessante esaminare un po' più ampiamente di quanto la sentenza non faccia, i termini del dibattito e le ragioni che stanno a favore della soluzione correttamente accolta dal Tribunale fiorentino.

Le circostanze di fatto che originarono la controversia erano le seguenti. Il *Credito Popolare Ligure* di Genova, in qualità di corrispondente del *Credito Nazionale* di Roma, aveva rilasciato al Sig. R. D. un assegno circolare dello stesso *Credito Nazionale*, il quale assegno, in seguito a una serie di girate, era pervenuto in possesso di una delle agenzie toscane della *Cassa di Risparmio* di Firenze; l'agenzia spedisce per posta l'assegno a Firenze, alla propria sede centrale; ma durante il viaggio il plico contenente l'assegno va smarrito. *La Cassa di Risparmio*, sapendo che a Firenze ha sede il *Piccolo Credito Toscano*, che è incaricato, anch'esso in qualità di corrispondente, di pagare gli assegni circolari del *Credito Nazionale* di Roma, inizia in Firenze, in conformità dell'art. 330 Cod. comm., il giudizio di ammortamento; ma il *Credito Nazionale*, chiamato in causa come prin-

---

(*) [Pubblicato in ***Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*** (Milano), a. XXI, nn. 9-10, sett.-ott. 1923, P. II, pagg. 528-538, in nota alla sentenza del Tribunale di Firenze, 23 maggio 1923, Cassa Centrale di Risparmi e Depositi di Firenze c. Credito Nazionale di Roma, così massimata: « Agli effetti dell'art. 330 Cod. comm. vale come "luogo di pagamento" di un « assegno circolare uno qualunque dei luoghi in cui abbia una sede o una succur- « sale o un'agenzia la banca emittente ovvero un istituto corrispondente; talché « il giudizio di ammortamento di un assegno circolare smarrito può essere iniziato, « a scelta dello smarritore, dinanzi al Tribunale di uno qualunque dei luoghi « suddetti »]. [***Bibliografia***, n. 90].

cipale obbligato in ossequio all'art. 331 capoverso, eccepisce la incompetenza per territorio del Tribunale di Firenze, sostenendo che il giudizio avrebbe dovuto iniziarsi dinanzi al Tribunale di Roma, nella cui giurisdizione ha la sua sede centrale l'istituto obbligato a pagare l'assegno, cioè lo stesso *Credito Nazionale*.

Il problema giuridico che si presentava al giudice in seguito alla eccezione di incompetenza sollevata dal *Credito Nazionale*, era dunque questo: qual'è agli effetti della competenza per il giudizio di ammortamento, il « luogo di pagamento » di un assegno circolare smarrito?

2. — La questione, nuova, come si è detto per la nostra magistratura, si trova trattata dalla dottrina solamente in un recente scritto di V. SALANDRA (in questa *Rivista*, 1920, I, pag. 649); ma una questione perfettamente analoga è stata presa in esame dagli scrittori e dai Tribunali in relazione ai vaglia cambiari delle banche di emissione, i quali, com'è noto, hanno comune con gli assegni circolari il carattere di essere pagabili, senza bisogno di esplicita designazione, presso tutte le sedi, agenzie, succursali dell'Istituto emittente. In considerazione, appunto, di questo carattere, la giurisprudenza giudiziaria sembra ormai ferma nel ritenere che il giudizio di ammortamento di uno di questi vaglia cambiarî possa esser validamente iniziato, a scelta dello smarritore, in uno qualunque dei possibili luoghi di pagamento (cfr. per ultimo App. Torino, 14 giugno 1922, in questa *Rivista*, 1923, II, pag. 131); ma la dottrina è divisa: poiché, mentre il BONELLI (*Cambiale*, n. 352, nota 4, pag. 685), appoggia colla sua autorità l'opinione seguita dalla giurisprudenza, il VIVANTE (*Trattato*, III, n. 1323, nota 341, pag. 517) insegna che per determinare, agli effetti della competenza giudiziaria, il luogo di pagamento dei vaglia cambiarî degli Istituti di emissione, si deve ricorrere all'art. 253 Cod. comm., secondo il quale nei pagherò o vaglia cambiarî il luogo di pagamento, in mancanza di speciale designazione, si reputa designato dal luogo dell'emissione.

Se torniamo ora alla controversia che ha dato luogo alla sentenza qui annotata, vediamo che l'argomento principale, per non dire unico, sul quale il *Credito Nazionale* ha ritenuto di poter basare la sua eccezione di incompetenza, è stato per l'appunto il surricordato art. 253, che ha voluto dimostrare applicabile per analogia anche agli assegni circolari: sarà dunque ufficio di questa nota cercar di dimostrare al contrario come in materia di assegni circolari le disposizioni di quell'articolo siano a torto invocate.

3. — Tutti sanno che l'assegno circolare, abile espediente suggerito ai banchieri da quel portentoso aguzzator degli ingegni che è il de-

siderio di frodare il fisco, porta nella sua struttura giuridica, appunto per effetto della intenzione da cui è sorto, qualcosa di ibrido e di ambiguo, di cui è traccia perfino nella formula adoprata dalla legge, la quale, com'è noto, definisce gli assegni circolari come « vaglia « cambiarî emessi da Istituti di credito o da privati banchieri sotto « forma di assegni bancari ». Se non ci fosse stato l'ostacolo derivante dalle leggi sul bollo, tutte le banche avrebbero trovato nel vaglia cambiario lo strumento adeguato ed efficace per quella funzione di trasmissione del denaro, cui servono oggi gli assegni circolari: e non avrebbero chiesto altro. Ma l'ostacolo fiscale ha indotto le banche private a escogitare un titolo il quale, pur conservando la funzione essenziale propria dei vaglia delle banche di emissione, rivestisse apparentemente tali caratteri estrinseci da farlo sfuggire alle prescrizioni del bollo cambiario. Si è avuto così nell'assegno circolare, come efficacemente si esprime il CARNELUTTI, « un vaglia cambiario « truccato da assegno bancario »: un titolo, cioè, in cui, di fronte al cliente prenditore, la banca non figura come emittente, cioè come obbligata direttamente *a pagare*, ma figura contemporaneamente come traente e come trattaria, cioè come obbligata *a far pagare da se stessa* (cfr. CARNELUTTI, *Per la definizione giuridica dell'assegno circolare* estr. dalla *Rivista bancaria*, anno IV, n. 4, pagg. 2-3 dell'estr.; cfr. anche SALANDRA V., scritto cit., pag. 640). La sostanza è dunque in tutto simile a quella di un vaglia cambiario; c'è, soltanto, una diversità bizantina di forma, basata su un giuoco di parole degno della grossolana furberia di un cavalocchi.

Ciò premesso, e tornando alla questione della applicabilità dell'art. 253 agli assegni circolari, si potrebbe innanzi tutto domandare se sia lecita la estensione analogica di questo articolo, dettato esclusivamente per le cambiali, a un titolo che della cambiale (cioè di quel tipo di cambiale che è il vaglia cambiario) conserva la sostanza ma non la forma. L'assegno circolare, prodotto ibrido nato dall'incrocio del vaglia cambiario coll'assegno bancario, si può paragonare a certi figli che somigliano per il fisico a uno dei genitori, mentre dall'altro ritraggono l'indole e i caratteri morali: esso ha infatti, se mi è lecito il paragone barocco, l'anima di un vaglia cambiario, ma il corpo di un assegno bancario; e bisogna andar cauti, pertanto, nell'applicare a questo titolo derivato norme che il legislatore abbia dettato soltatno per l'uno o per l'altro dei due tipi originarî da cui esso deriva. Cosicché, quando troviamo nel codice di commercio norme espressamente comuni alla cambiale e all'assegno bancario (art. 341), mi pare che dall'applicarle per analogia anche all'assegno circolare, che sta fra i due come una loro creatura, non si possa fare a meno; e ritengo perciò solidissima la argomentazione fatta in questo

senso dal CARNELUTTI, per dimostrare che anche il girante di un assegno circolare assume responsabilità in via di regresso (in *Foro it.*, 1922, I, pag. 385 e segg.). Ma non con altrettanta sicurezza mi pare che si possano invocare per la disciplina giuridica dell'assegno circolare quelle disposizioni che il codice di commercio detta o per la sola cambiale o per il solo assegno bancario; come sarebbe appunto questo art. 253, che, scritto per la cambiale, non è tra quelli richiamati dall'art. 341 per l'assegno bancario, tra i requisiti essenziali del quale la legge non esige a pena di nullità, come per la cambiale, la indicazione del luogo di pagamento (cfr. BONELLI, *Cambiale*, n. 405 e note).

Se, dunque, l'art. 253 non è applicabile all'assegno bancario, perché all'assegno bancario non si applica la disposizione dell'art. 251 n. 6 che di questo art. 253 è presupposto, potremmo limitarci a troncare senz'altro ogni ulteriore indagine sulla applicabilità di esso articolo all'assegno circolare, appagandoci del canone elementare di ermeneutica, secondo il quale, se l'analogia è negata per l'assegno bancario che costituisce il genere, dev'esser negata ugualmente per l'assegno circolare, che di esso genere, rappresenta, *per i caratteri formali*, una specie.

4. — Ma, anche se si dà come superata questa questione preliminare di tecnica esegetica, è facile dimostrare che la ipotesi prevista dall'art. 253 non si verifica nel nostro caso. L'art. 253, come già si è accennato, deve essere messo in relazione coll'art. 251, il quale annovera tra i requisiti essenziali comuni alle due specie di cambiali « la indicazione... del luogo del pagamento »: se nella cambiale o manchi addirittura ogni indicazione relativa al luogo di pagamento, o tale indicazione sia data in modo così poco preciso da produrre nel possessore del titolo assoluta incertezza, l'art. 253, ad evitare che il creditore sia posto, dalla sua ignoranza sul luogo di pagamento, nella materiale impossibilità di riscuotere, interviene a disporre che, come equipollente della mancata indicazione del luogo di pagamento, valga nelle tratte la indicazione della residenza del trattario e nei pagherò la indicazione del luogo di emissione. La disposizione dell'art. 253 non si intende, dunque, se non come complemento e come temperamento di quelle altre disposizioni (artt. 251 e 254) che considerano la indicazione del luogo di pagamento come requisito essenziale e la mancanza di tale indicazione come motivo di nullità della cambiale. Orbene, se l'art. 253 si volesse applicare per analogia anche agli assegni circolari, di quali altre disposizioni si potrebbe considerare complemento e temperamento? Esistono forse per l'assegno circolare disposizioni, parallele a quelle dettate dagli artt. 251 e 254 per la cambiale, che prescrivano tra i suoi requisiti essenziali la indicazione del luogo

di pagamento e che ne minaccino la nullità nel caso in cui tale indicazione vi manchi? Niente di tutto questo: l'assegno circolare, al contrario, ha questo carattere tipico, da cui deriva perfino la sua denominazione; che esso, anziché essere nullo per mancanza di esplicita designazione del luogo di pagamento, ha la sua utilità economica proprio nel fatto che non contiene alcuna esplicita delimitazione dei molteplici luoghi in cui esso è pagabile. « Una singolarità dell'assegno circolare « — scrive correttamente V. SALANDRA (in questa *Rivista*, 1920, I, 649) — « è quella che riflette il luogo di pagamento, *il quale non può essere « mai in esso indicato*. Il titolo è infatti in tanto un assegno circolare, « in quanto può e deve esser pagato e si ha il diritto di pretenderne « il pagamento dovunque l'Istituto emittente abbia una filiale od « un'agenzia, od anche un corrispondente che si è pubblicamente « obbligato a compiere il servizio di estinzione. Il luogo di pagamento « è indicato implicitamente dal nome stesso della banca emittente. « Le enumerazioni delle filiali della banca, che talvolta si trovano « scritte sugli assegni, non hanno altro valore che di designazione di « comodo pel prenditore, il quale potrà pretendere il pagamento « dell'assegno presso qualunque ufficio della banca, anche se ne è « stata omessa la indicazione sul titolo ».

Una prima ragione, e perentoria, per ritenere inapplicabile agli assegni circolari la disposizione dell'art. 253, è dunque la seguente: che negli assegni circolari non solo non è richiesta a pena di nullità, ma anzi neppure è conciliabile colla funzione economica propria del titolo, quella « speciale designazione del luogo di pagamento », dalla cui mancanza l'art. 253 prende le mosse.

5. — Ma c'è di più: che, cioè, la mancanza di questa speciale designazione, la quale nella cambiale, se non soccorresse l'art. 253, produrrebbe nel possessore assoluta incertezza sul luogo di riscossione e quindi materiale impossibilità di ottenere il pagamento del titolo, non produce alcuna incertezza nel caso dell'assegno circolare, pagabile a scelta del possessore in tutte le sedi dell'Istituto. Basta sull'assegno la indicazione dell'Istituto obbligato a pagare, perché il possessore sia in grado di rintracciare senza fatica quali sono gli organi di cassa dell'Istituto stesso, presso i quali il pagamento può esser richiesto. Nel caso della cambiale mancante di qualsiasi indicazione del luogo di pagamento, il possessore *non sa* dove rivolgersi per esser soddisfatto del suo credito; nel caso dell'assegno circolare il possessore *sa* che per esser soddisfatto può rivolgersi indifferentemente a tutte le sedi, succursali agenzie, ecc. dell'Istituto indicato sul titolo: anziché incertezza sull'unico luogo di pagamento, qui si ha la determinazione *implicita* di numerosi luoghi di pagamento, a ciascuno dei quali il

creditore può rivolgersi con eguale certezza di esser pagato. Non c'è bisogno di ricorrere, qui, a una disposizione simile a quella dell'art. 253, dal momento che dalla stessa natura dell'assegno circolare risulta qual'è il luogo, anzi quali sono i luoghi in cui il debitore, indipendentemente dal suo domicilio, si obbliga a pagare a scelta del creditore; tra i varî possibili luoghi di pagamento dell'assegno, il luogo del pagamento effettivo viene determinato dalla volontà del creditore, il quale quindi si trova, per ciò che si riferisce alla comodità della riscossione, in condizioni assai migliori di quelle in cui si troverebbe se avesse in mano una cambiale in cui fosse esattamente designato un solo luogo di pagamento. Come dunque si potrebbe applicare la disposizione dell'art. 253, fatta per il caso in cui il creditore sia danneggiato dal non conoscere con certezza neppure un luogo di pagamento, alla ipotesi dell'assegno circolare in cui il creditore si trova invece singolarmente favorito dal conoscere con certezza non uno ma molti luoghi di pagamento a sua scelta?

Né varrebbe obiettare che quella designazione di una pluralità di luoghi di pagamento che è propria dell'assegno circolare ha carattere generico, e che quindi non si può dire che nel nostro caso il luogo di pagamento sia « specialmente designato » come vuole l'art. 253. È noto infatti che l'avverbio « specialmente », contenuto nell'art. 253, mira soltanto a evitare che la designazione dell'unico luogo di pagamento sia fatta in modo così vago e generico, con riferimento, anziché a una località ristretta e facilmente individuabile, a una larga zona di territorio (come accadrebbe ad esempio, se una cambiale fosse pagabile « in Toscana »), da ingenerare assoluta incertezza sul luogo della riscossione; mentre si ritiene che questo requisito della designazione fatta « specialmente », sia sufficientemente adempiuto quando sulla cambiale sia indicato il nome della città in cui la riscossione deve avvenire, perché con tale indicazione, anche se manca il preciso indirizzo (cfr. NAVARRINI, *Trattato*, III, n. 1231; BONELLI, *Cambiale*, n. 50), il creditore è messo in grado, mediante l'ufficio anagrafico, di rintracciare il debitore. Ora è evidente che la mancanza di designazione « speciale », nel senso voluto dall'art. 253, non si riscontra davvero nell'assegno circolare; nel quale si ha, sì, una pluralità di luoghi di pagamento, ma in cui ciascun luogo di pagamento trovasi individuato in maniera inequivocabile, perché, anche se tutte le sedi e agenzie della banca emittente nonché quelle degli Istituti corrispondenti non vi sono espressamente elencate, esse sono tuttavia conosciute nel ceto degli uomini d'affari e sono quindi determinate e determinabili senza possibilità di incertezza.

L'assegno circolare si può dunque paragonare, per ciò che si riferisce al luogo di pagamento, a una cambiale sulla quale siano

designati più luoghi di pagamento *a scelta del creditore*: cambiale di cui la dottrina riconosce unanime la validità e per la quale si ritiene che il creditore possa a sua scelta esigere il pagamento in uno qualunque dei luoghi indicati, senza bisogno di ricorrere alla disposizione dell'art. 253 (NAVARRINI, *Trattato*, III, n. 1231; VIVANTE, *Trattato*, III, n. 1090; BONELLI, *Cambiale*, n. 50 nota 7 a pag. 104).

6. — Si può d'altra parte osservare che l'applicazione dell'art. 253 agli assegni circolari porterebbe a conseguenze perfettamente repugnanti a quella che è la funzione economica *normale* di questi titoli. È noto che nella forma più caratteristica di assegno circolare la stessa banca figura contemporaneamente come traente e come trattaria: e che nella intestazione dei moduli stampati per gli assegni la banca si trova individuata colla sola indicazione della sua sede centrale, senza alcuna indicazione delle filiali o agenzie dislocate in altre sedi. Supponiamo, ora, di dover applicare l'art. 253 per determinare, agli effetti dell'art. 330, il luogo di pagamento di un assegno, emesso da una banca *nella sua sede centrale*: il risultato a cui giungeremo sarà lo stesso tanto se ci serviremo di quella disposizione dell'art. 253 che concerne le cambiali tratte, quanto se (considerando che l'assegno circolare ha la sostanza di un vaglia cambiario) preferiremo servirci della disposizione concernente i pagherò; nel primo caso, infatti, avremo come luogo di pagamento « la residenza indicata accanto al « nome del trattario », cioè la sede centrale della banca, nel secondo caso avremo come luogo di pagamento il « luogo dell'emissione » cioè, anche qui, la sede centrale della banca. Nell'un caso o nell'altro, in conclusione, l'applicazione dell'art. 253 ci avrà condotto a considerare come luogo di pagamento dell'assegno *lo stesso luogo in cui esso è stato creato*. (Il ragionamento correrebbe lo stesso anche se l'assegno fosse stato emesso, anziché dalla sede centrale, da una succursale o da un Istituto corrispondente: in questo caso infatti o si applicherebbe all'assegno quella disposizione dell'art. 253 che concerne i pagherò, e si verrebbe alla conseguenza di considerarlo pagabile presso la stessa succursale che l'ha emesso; o si applicherebbe la disposizione dell'art. 253 che concerne le tratte e allora, considerando come luogo di pagamento la sede centrale, si urterebbe contro gli argomenti accennati oltre, n. 8).

Ora non è chi non veda come questa conclusione sia in assoluta contraddizione con quella funzione di trasporto del denaro da luogo a luogo, per adempiere alla quale gli assegni circolari hanno preso tanto sviluppo in questi ultimi tempi.

È noto che mentre nelle sue origini la cambiale, per facilitare la trasmissione di valori da luogo a luogo senza gli inconvenienti inerenti

all'effettivo trasporto di moneta metallica, fu uno strumento di cambio traiettizio, al quale era requisito indispensabile la *distanza loci*, oggi la cambiale, da strumento di trasmissione del denaro, è diventata uno strumento di credito, per il quale non è più necessario che « si operi « trasporto di valori da luogo a luogo » (art. 251 capov. ultimo). Data questa variazione di funzione economica che la cambiale presenta nella sua evoluzione storica, la disposizione dell'art. 253, per cui nei vaglia cambiarî si presume come luogo di pagamento il luogo di emissione, non appare un controsenso, dal momento che non ripugna più alla odierna funzione della cambiale che il pagamento avvenga nello stesso luogo in cui la cambiale è stata emessa. Ma quella funzione di trasmissione di valori da luogo a luogo, che oggi la cambiale in genere ha perduto, si è conservata e concentrata invece nei vaglia cambiarî delle banche di emissione e negli assegni circolari, ai quali si ricorre, come tutti sanno per esperienza propria, in quei casi in cui, dovendosi effettuare un pagamento in luogo distante da quello in cui risiede il debitore, si ha bisogno di un mezzo semplice e poco dispendioso di trasmissione di denaro. L'assegno circolare, come dice il suo stesso attributo, è destinato a muoversi da luogo a luogo, a facilitare i pagamenti in luoghi lontani dal luogo di emissione: e quantunque giuridicamente non sia vietato di riscuotere l'assegno circolare nella stessa sede in cui è stato emesso, nessuno può negare che nella massima parte dei casi, in tutti i casi pratici in cui l'assegno adempie la sua funzione normale ed utile, esso viene spedito ed estinto in luogo diverso da quello in cui è stato emesso. Ora, se questa è la caratteristica normale, fisiologica per così dire, dell'assegno circolare, con quale giustificazione razionale si vorrebbe applicare all'assegno circolare, che in pratica è sempre destinato ad esser pagato in luogo diverso da quello del luogo d'emissione, la disposizione dell'art. 253 che presume perfettamente il contrario? Se, come la dottrina riconosce, l'art. 253 si basa su una presunzione, derivante dall'osservazione dell'*id quod plerumque accidit* per i comuni pagherò cambiarî, come potrebbe la stessa presunzione adattarsi all'assegno circolare, per il quale invece la osservazione di ciò che comunemente accade nella pratica insegna che esso è destinato a essere estinto in luogo distante da quello in cui è stato creato?

7. — Per ragioni desunte così dalla lettera come dallo spirito dell'art. 253 si può, dunque, decisamente escludere che questo articolo sia applicabile agli assegni circolari.

In qualunque luogo ove il possessore di un assegno ha diritto di farselo pagare, ivi è, a scelta del possessore stesso, il « luogo di

« pagamento »; ed ivi del pari può validamente instaurarsi il giudizio di ammortamento.

Nel caso nostro si aveva un assegno circolare emesso in Genova, per incarico del *Credito Nazionale* di Roma, dal *Credito Popolare Ligure* e pagabile a tutte le sedi e a tutti gli Istituti corrispondenti del *Credito Nazionale* stesso; tra gli Istituti corrispondenti (cioè incaricati di emettere e di pagare gli assegni del *Credito Nazionale*) vi era il *Piccolo Credito Toscano* di Firenze, ove il possessore dell'assegno smarrito avrebbe avuto diritto, se lo smarrimento non fosse avvenuto, *di esigere il pagamento* e di iniziare eventualmente contro la banca trattaria l'azione diretta per mancato pagamento: quest'ultima è, infatti, una elementare conseguenza delle disposizioni in materia di competenza contenute negli artt. 90 e 91 del Cod. proc. civ., sia perché in Firenze si trovava nel *Piccolo credito toscano* un rappresentente della banca trattaria (art. 90 cpv. ultimo), sia perché, soprattutto, Firenze si poteva considerare (dal momento che il creditore ha facoltà di scegliere tra i varî luoghi di pagamento) il *forum destinatae solutionis* (art. 91 cpv.). Se, pertanto, il Tribunale di Firenze sarebbe stato competente, in base a quest'ultimo articolo, a giudicare dell'azione per mancato pagamento nascente dall'assegno, era lecito del pari considerare Firenze come *forum destinatae solutionis* agli effetti della competenza per il giudizio di ammortamento (cfr. in questo senso V. Salandra, cit., pag. 649). La disposizione dell'art. 330 Cod. comm., la quale attribuisce al Tribunale del luogo del pagamento la competenza a pronunciare la inefficacia del titolo smarrito, obbedisce in parte agli stessi criterî per i quali l'art. 91 del Cod. proc. civ. attribuisce al *forum destinatae solutionis* tutte le azioni relative ad una obbligazione, comprese le azioni costitutive e quelle di mero accertamento (Chiovenda, *Principii*, 3ª ed., pag. 544); colla sola differenza che il *forum destinatae solutionis* dell'art. 91 Cod. proc. civ. ha carattere facoltativo, mentre la competenza stabilita dall'art. 330 Cod. comm. ha carattere funzionale (Chiovenda, *Principii*, pag. 1209, nota 3).

8. — Per dimostrare la fondatezza della nostra tesi non rimane che da confutare due obiezioni, delle quali appare qualche fuggevole cenno anche nel testo della sentenza che qui annotiamo.

Pare che nel giudizio svoltosi dinanzi al Tribunale di Firenze, il *Credito Nazionale*, dopo aver basato la sua eccezione di incompetenza sulla applicazione analogica dell'art. 253, avesse altresì obiettato che, quand'anche l'art. 253 non si fosse ritenuto applicabile al caso, il giudizio di ammortamento avrebbe avuto ugualmente essere iniziato a Roma, perché Roma era *l'unico luogo di pagamento esplicitamente designato* sul titolo smarrito. Il Convenuto, in questo modo, cambiava

interamente la tattica della sua difesa: dopo aver sostenuto che si verificava per l'assegno circolare smarrito quella mancanza di speciale designazione del luogo di pagamento che, a suo avviso, imponeva di considerar come luogo di pagamento, in conformità coll'art. 253, la residenza del trattario, osservava *ad abundantiam* che, del resto, non c'era neanche bisogno di ricorrere all'art. 253, perché la intestazione stampata sul modulo dell'assegno è così concepita: « *Fede-* « *razione bancaria italiana. Credito Nazionale. Società Anonima. Ca-* « *pitale L. 6.000.000. Sede in Roma* » bastava a costituire da sé senza supplementi ermeneutici, una esplicita designazione del luogo di pagamento. La inconsistenza di questa argomentazione è più che evidente: solo un espediente defensionale poteva tentare di far passare come esplicita designazione del luogo di pagamento quella indicazione della « *Sede in Roma* » la quale doveva servire invece unicamente a individuare, in conformità dell'art. 104 del Cod. di comm., la banca emittente dell'assegno. È certo, infatti che, quantunque sull'assegno fosse esplicitamente indicata Roma come sede centrale del *Credito Nazionale*, apparente trattario, tuttavia siffatta esplicita indicazione non mirava certo a limitare quella che è caratteristica fondamentale *sine qua non* di ogni assegno circolare, cioè la caratteristica di esser pagabile, oltreché nella sede centrale dell'Istituto emittente, anche alla sede delle agenzie e succursali dell'Istituto stesso e degli Istituti corrispondenti. Nessuna banca sosterrebbe seriamente che per il solo fatto di aver indicato sui moduli dei propri assegni la sola sua sede centrale, abbia con ciò inteso di sottrarre gli assegni stessi a quella che è la ragion d'essere economico-giuridica dei medesimi, cioè alla regola, propria di questa forma di titolo di credito, per la quale essi sono esigibili a tutte le sedi dell'Istituto emittente a scelta del possessore. Si verrebbe altrimenti a questa assurda conseguenza: che ogni banca, all'atto stesso in cui emette i proprî assegni circolari, toglie ad essi, mediante la esplicita indicazione stampata sui moduli della sua sede centrale, quella caratteristica funzione dalla quale traggono la propria qualifica!

9. — La seconda obiezione del convenuto, della quale il Tribunale si è sbrigato con un semplice inciso, sembra che mirasse a sostener questo assunto: che il luogo in cui risiede un Istituto corrispondente (come sarebbe stato, nel nostro caso, il *Piccolo Credito Toscano* di Firenze) non si può considerare come luogo *di pagamento* di un assegno circolare, perché l'Istituto corrispondente, anche se paga il titolo, non lo estingue, non lo toglie dalla circolazione, ma si limita semplicemente a negoziarlo, per poi farselo pagare dall'Istituto che figura come obbligato sull'assegno. Il luogo del pagamento *vero* sa-

rebbe dunque quello ove ha la sua sede centrale l'Istituto emittente: in tutte le altre sedi il pagamento dell'assegno sarebbe soltanto apparente e in realtà si ridurrebbe a una semplice girata. Anche questa obiezione non merita una confutazione molto ampia: se, infatti, essa fosse fondata, ne deriverebbe che tutte le succursali e agenzie della banca emittente e tutti gli Istituti corrispondenti, incaricati di pagare per conto della banca emittente gli assegni circolari, dovrebbero essere considerati non più come rappresentanti, come mandatarî della banca stessa, operanti per suo conto e in suo nome, ma come altrettanti giranti *in proprio* dell'assegno, i quali, nel conteggiare poi colla sede centrale i pagamenti fatti per incarico di essa, verrebbero con questo, anziché a compiere una semplice operazione contabile di amministrazione interna, a « negoziare » l'assegno, cioè a rimetterlo in circolazione! La teoria è così assurda, che basta enunciarla per confutarla: tutti sanno che le diverse sedi o agenzie di una banca, anche se distribuite in città distanti dalla sede centrale, non hanno il carattere di persone giuridiche distinte e indipendenti dalla banca stessa, ma costituiscono solo contabilità separate, organi di cassa operanti nell'interno di un unico organismo giuridico. Che l'assegno sia emesso o sia pagato, anziché dalla sede centrale della banca, dalle sue sedi A, B, C, ciò non porta, agli effetti giuridici, nessuna differenza: poiché, in ciascuna delle sedi A, B, C, è sempre la stessa banca che giuridicamente agisce, è sempre la stessa banca che emette o paga gli assegni. Dire che un assegno circolare riscosso dal possessore presso una filiale della banca emittente non può considerarsi « pagato », non può considerarsi « estinto », solo perché la filiale deve render conto di tale operazione alla sede centrale, è dire tale una eresia giuridica che non mette conto insister di più a ribatterla! Basta ricordare del resto quanto autorevolmente scrive sugli Istituti corrispondenti di una banca che per incarico di essa emettono assegni (e lo stesso si potrebbe dire per quelli che pagano assegni) il Bolaffio, il quale insegna che « la emissione da parte del corrispondente, traente « soltanto figurativo, è fatta da lui *unicamente* per conto e in nome « dell'accettante, precisamente come avverrebbe se, in luogo del cor- « rispondente, vi fosse nel luogo della emissione una sede o una « succursale dell'Istituto autorizzato » (in questa *Rivista*, 1922, II, pag. 467); e nell'identico senso così si esprime il Greco: « Gli stessi « corrispondenti non rappresentano che le stesse casse dell'Istituto « emittente, non sono che persone designate eventualmente a pagare, « non come soggetti integranti del rapporto di obbligazione costituito « o predisposto dal titolo, ma come organi esecutivi dell'Istituto e di « cui il possessore del titolo ha il diritto e non l'obbligo di avvalersi »

(in *Diritto e pratica commerciali*, 1923, pag. 39; cfr. anche App. Bologna, 18 agosto 1922, in *Giur. it.*, 1922, I, 2, pag. 389).

10. — Né argomenti contrarî alla nostra tesi possono desumersi dal considerare la finalità del giudizio di ammortamento e la ragione per la quale il legislatore ha voluto, nell'art. 330 Cod. comm., che questo giudizio si svolga nel luogo di pagamento del titolo. È noto che la procedura di ammortamento si divide in due fasi (o in tre, se nella prima si considerano separatamente il ricorso e il pubblico proclama: cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1209 e segg.): la prima serve mediante una *citatio edictalis ad incertam personam*, a diffidare l'eventuale possessore del titolo smarrito a depositarlo entro un dato termine in cancelleria; la seconda serve a far decidere l'azione costitutiva (così giustamente la definisce il CHIOVENDA, nell'ultima puntata, uscita testè, dei *Principii*, pag. 1203) derivante dalla mancanza di presentazione del titolo smarrito o l'azione di condanna (rivendicazione) contro il possessore che si sia presentato a depositare il titolo stesso. Quale sia la ragione per la quale il legislatore, tra i varî fori che avrebbe potuto dichiarar competenti in materia di ammortamento, abbia scelto quello del luogo di pagamento del titolo smarrito, si intende facilmente quando si pensi alla finalità e alla natura della seconda fase del giudizio di ammortamento, di fronte alla quale la competenza stabilita dall'art. 330 Cod. comm. non è, in un certo senso, altro che un'applicazione del *forum destinatae solutionis* ammesso in generale dall'art. 91 Cod. proc. civ. Ma d'altra parte non sembra inverosimile che a preferire il *forum destinatae solutionis* ad ogni altro possibile foro, il legislatore sia stato indotto anche da considerazioni inerenti alla finalità propria della prima fase della procedura: il legislatore sembra infatti essersi basato sulla presunzione che la circoscrizione giudiziaria nella quale gli avvisi rivolti all'ignoto possessore del titolo hanno la massima probabilità di arrivare a destinazione sia per l'appunto la circoscrizione ove si trova il luogo di pagamento, perché è probabile che in questo luogo il possessore abbia rapporti di affari e perché ad ogni modo in questo luogo egli dovrà recarsi in occasione della riscossione (Cfr. App. Trani, 16 dicembre 1919, in questa *Rivista*, 1920, II, 513). Orbene, nel caso dello smarrimento di un assegno circolare, poiché il luogo della riscossione è rilasciato alla scelta del possessore del titolo, nessuno che non abbia virtù profetica può dire in quale, tra i numerosi possibili luoghi di pagamento dell'assegno, sia presumibile che il possessore del titolo smarrito abbia rapporti d'affari e conseguente maggior probabilità di essere informato dell'iniziato giudizio di ammortamento. La pretesa, sollevata nel caso in esame dalla banca convenuta, che in tale incer-

tezza si dovesse scegliere, tra i varî luoghi di pagamento, quello presso la sede centrale dell'Istituto debitore, non trovava nessuna giustificazione neanche nello spirito delle disposizioni che regolano il giudizio di ammortamento: chi poteva dire, infatti, che il giudizio di ammortamento iniziato a Roma anziché a Firenze avesse maggiori probabilità di giungere a conoscenza del ritrovatore? Chi poteva dire che quella presunzione di conoscenza che l'art. 330 stabilisce di fronte al ritrovatore quando il giudizio di ammortamento si inizia in genere nel « luogo di pagamento », fosse fondata quando il luogo di pagamento era a Roma, e non anche quando il pagamento era a Firenze? La convenienza di assicurare nel miglior modo possibile che l'apertura del giudizio di ammortamento giunga effettivamente a conoscenza dell'ignoto ritrovatore potrebbe, nel caso dello smarrimento di un assegno circolare, consigliare la cautela, assurda in pratica ma almeno in teoria conseguente, di far pubblicare contemporaneamente l'avviso di cui all'art. 330 in tutti i luoghi nei quali l'assegno smarrito è pagabile; ma non porterebbe mai a far ritenere *a priori* più sicuro per questo effetto il foro di uno dei possibili luoghi di pagamento a preferenza degli altri, quando si è ripetuto fino alla sazietà che la scelta del luogo di pagamento tra i molti possibili è rimessa unicamente alla volontà del possessore del titolo, il quale in questa scelta si lascerà guidare unicamente dalla sua comodità personale e non già dalla circostanza, per lui assolutamente indifferente, che, nel luogo in cui i suoi interessi gli consigliano di farsi pagare l'assegno, l'Istituto emittente abbia la sede centrale o soltanto un corrispondente! (*)

(*) La tesi sostenuta in questa nota resta ferma anche dopo le nuove disposizioni in materia di assegni circolari, di cui, mentre licenzio le bozze, leggo sui quotidiani un primo riassunto. Da queste disposizioni, le quali, se le notizie sono esatte, definiscono l'assegno circolare come « un titolo di credito all'ordine, emesso « da un istituto specialmente autorizzato, pagabile a vista presso i recapiti indicati « *comunque* dall'emittente », si desume chiaramente che la esplicita designazione sul titolo del luogo di pagamento non è un requisito essenziale, e che quindi non è applicabile a questo titolo l'art. 253.

V

CONTRIBUTO ALLA TEORIA DELL'ARBITRAGGIO NECESSARIO NEL DIRITTO PUBBLICO (*)

1. — La legge 22 giugno 1913, n. 702, diretta alla difesa igienica del bacino idrico di Montecatini ed in ispecie alla protezione delle sorgenti demaniali contro la minaccia di impoverimento, dette facoltà al demanio, allo scopo di rendere possibile il monopolio della pubblica amministrazione sull'intero bacino, di procedere alla espropriazione delle sorgenti privati ivi esistenti: e stabilì nell'art. 10, capoverso secondo (giova riportarne il testo, sul quale si basa tutta la controversia), che « *l'indennità da corrispondersi ai proprietari espropriati sarà de-* « *terminata, caso per caso, uditi il proprietario ed il ministero delle* « *finanze, con relazione unica sommaria, da un collegio di tre arbitri* « *amichevoli compositori, nominati uno dall'amministrazione espro-* « *priante, l'altro dal proprietario espropriato ed il terzo dal primo pre-* « *sidente della cassazione di Firenze, il quale nominerà gli altri due* « *periti qualora non vi provvedessero le parti* ».

Ai primi del 1923 l'amministrazione iniziò in confronto di varî proprietarî di sorgenti, tra i quali l'attuale controricorrente Luigi Mugnai, il procedimento di espropriazione; e fu nominato, secondo le surriferite modalità dell'art. 10, il « collegio di tre arbitri amichevoli « compositori » per la determinazione dell'indennità. Ma dinanzi a questo collegio, poiché nel frattempo, in base alla legge 16 luglio 1916, n. 947, e al conseguente regolamento 28 ottobre 1919, n. 1924, la commissione centrale consultiva per le acque minerali aveva dato parere che non potesse essere autorizzato l'uso della sorgente di proprietà Mugnai (e delle altre sorgenti private) fino a che non fossero eseguite certe opere giudicate necessarie per metterla al sicuro da

---

(*) [Pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, vol. LXXVI, 1924, P. I, Sez. 1, cc. 759-776; ristampato in *Studi*, II, pagg. 187-209, in nota a sentenza delle Sez. unite 8 maggio 1924, pubbl. in *Giur. it.*, 1924, I, pag. 759]. [*Bibliografia*, n. 105].

qualsiasi inquinamento esterno, l'amministrazione chiese preliminarmente la sospensione del procedimento di stima in attesa degli ulteriori provvedimenti dell'autorità sanitaria sulle acque in questione; a tale richiesta si oppose la difesa del Mugnai: e il collegio, con sua pronuncia del 20 ottobre 1923 (che fu depositata presso il competente pretore di Firenze e da esso dichiarata esecutiva il 3 novembre dello stesso anno) respinse l'istanza di sospensione, prorogando i termini e rinviando l'esame del merito ed ogni provvedimento, anche solamente istruttorio, relativo al medesimo.

Contro questa pronuncia (usiamo deliberatamente per ora una parola generica, perché tutta la questione si riduce, come vedremo, a stabilire la natura giuridica di tale pronuncia) ricorse alle Sezioni unite il demanio dello Stato, per l'unico motivo che il collegio, esprimendo nei considerandi l'avviso che rientrasse nella sua competenza « stabilire preliminarmente la bontà e potabilità generica dell'acqua « sotto il riguardo igienico, le sue qualità minerali e terapeutiche, il « suo valore commerciale, e ciò fonte per fonte », avrebbe invaso il campo riservato esclusivamente e insindacabilmente all'autorità amministrativa, e sarebbe con ciò caduto in un eccesso di potere, denunciabile alle Sezioni unite in base all'art. 3, n. 3, della legge 31 marzo 1877, n. 3761. Alla impugnativa del demanio il Mugnai oppose un controricorso, esteso da Lodovico Mortara, nel quale si sosteneva magistralmente la inammissibilità del ricorso sotto due distinti aspetti: primo, perché il collegio arbitrale contemplato dall'art. 10 della legge 22 giugno 1913 non aveva il carattere di un organo giurisdizionale, e quindi non poteva una sua decisione essere denunciata alle Sezioni unite; secondo, perché l'affermazione fatta dal collegio arbitrale, nella quale, a parere del demanio ricorrente, si sarebbe concretato l'eccesso di potere, era contenuta nella motivazione della pronuncia in forma di principio teorico, che avrebbe potuto dar luogo eventualmente a un eccesso di potere, quando, applicato nella decisione del merito, avesse portato a una effettiva invasione del campo amministrativo, ma che non poteva in alcun modo produrre la censurabilità di una pronuncia che nel dispositivo si era limitata a concedere una proroga di termini, esplicitamente riservando l'esame del merito al proseguimento del giudizio.

Le Sezioni unite, colla sentenza che qui annotiamo, dichiararono la inammissibilità del ricorso; ma delle due ragioni giuridiche sulle quali il controricorrente basava questa sua tesi, fecero buon viso soltanto alla seconda, ritenendo invece, in quanto alla prima, che la pronuncia del collegio arbitrale ad esse denunciata avesse carattere schiettamente giurisdizionale. Ora noi riteniamo che su questo punto la decisione qui annotata sia caduta in grave errore, disconoscendo

in modo evidente il concetto fondamentale dell'arbitrato e trascurando i caratteri per cui questo istituto si differenzia profondamente da una parte dalle « giurisdizioni speciali » e dall'altra dai cosiddetti *arbitratores*; a dimostrare la esistenza e la gravità di tale errore, senza il quale le Sezioni unite per dichiarare la inammissibilità del ricorso avrebbero dovuto fermarsi al primo motivo addotto dal resistente, è dedicata la presente nota.

2. — Si sa che per la legge 31 marzo 1877, n. 3761, possono essere impugnate per incompetenza o eccesso di potere dinanzi alle Sezioni unite le sentenze delle « giurisdizioni speciali ».

La sentenza annotata, per ritenere l'ammissibilità del ricorso per eccesso di potere contro la pronuncia del « collegio di tre arbitri « amichevoli compositori » costituito in applicazione dell'art. 10 della legge 22 giugno 1913, *avrebbe dovuto partirsi dal dimostrare che questo collegio è un organo di « giurisdizione speciale », nel senso voluto dalla suddetta legge 31 marzo 1877*. La Corte suprema però, dopo essersi posta esattamente il problema nei termini suddetti, si è poi limitata a tentar di dimostrare — diciamo « tentare » perché, come si vedrà in seguito, al n. 6, la dimostrazione è tutt'altro che riuscita! — che il collegio, la cui pronuncia le veniva denunciata dal demanio, doveva ritenersi come un vero e proprio collegio arbitrale, corrispondente a quell'istituto che è regolato dagli art. 8 e segg. del Codice di procedura civile; e ha creduto con ciò di essersi levata d'impaccio, quasiché fosse ormai *ius receptum* che le decisioni degli arbitri possano, al pari di quelle degli organi di giurisdizione speciale, essere denunciate per eccesso di potere alle Sezioni unite!

Se esaminiamo infatti ad uno ad uno gli argomenti da essa addotti per sostenere l'ammissibilità del ricorso contro la pronuncia del collegio dei tre arbitri amichevoli compositori, vediamo che quasi tutti, se possono servire più o meno bene (piuttosto meno che più!) a dimostrare che questa pronuncia avesse la natura di un semplice loro arbitrale, non servon per certo a dimostrare che essa avesse la natura di una vera sentenza emanante da un organo speciale di giurisdizione.

Chi si metta a seguir passo per passo il cammino logico compiuto dalla Corte di cassazione nella motivazione di diritto, si accorge che, dopo il primo argomento (quello desunto dalla circostanza che « il « collegio arbitrale trae vita non dalla volontà delle parti, ma da una « norma legislativa », il quale apparentemente può avere una certa importanza, come meglio diremo in seguito (n. 4), per sostenere che questo collegio sia un organo di giurisdizione speciale, tutti gli argomenti successivi perdon di vista la questione che più importava di

risolvere e si limitano a stabilire una serie di analogie più o meno estrinseche coll'istituto dell'arbitrato. Esaminiamoli brevemente:

a) La natura giurisdizionale del collegio si desumerebbe innanzi tutto, secondo la sentenza della Suprema Corte, dal fatto che il collegio stesso nella motivazione della pronuncia impugnata si affermò costituito per « dirimere vertenze sopra diritti ed interessi privati « delle parti », « in sede contenziosa ». Ma queste frasi, anche se costituissero una esatta definizione delle vere finalità attribuite dall'art. 10 della legge 22 giugno 1913 allo speciale collegio in esso previsto, si adatterebbero ugualmente bene così a un organo di giurisdizione speciale come a un semplice arbitrato. Anche gli arbitri privati sono nominati dalle parti per derimere controversie sopra diritti: anch'essi decidono « in sede contenziosa ». Dal punto di vista logico giudicano gli arbitri nello stesso modo in cui giudicano gli organi giurisdizionali dello Stato: né può esser preso come criterio per distinguere un arbitrato privato da un organo pubblico di giurisdizione un carattere funzionale che questi due istituti hanno a comune!

b) Una conferma formale della natura giurisdizionale del collegio si avrebbe nel fatto che « il collegio medesimo credette sotto- « porre il suo provvedimento all'*exequatur* del pretore ». Ma questa circostanza, se può servire a dimostrare che questo provvedimento era, almeno nella opinione dei componenti il collegio, un semplice lodo arbitrale sottoposto alla disposizione dell'art. 24 Cod. proc. civ., non serve di certo a provare che esso fosse una vera e propria sentenza di un organo giurisdizionale, perché le sentenze degli organi giurisdizionali, anche se di giurisdizioni speciali, sono perfette ed esecutorie senza il bisogno del decreto del pretore; il quale pretore dovrebbe anzi rifiutarsi di emettere un siffatto decreto, quando la decisione sottopostagli fosse una vera sentenza e non un semplice lodo arbitrale.

c) Anche più esplicito è l'argomento successivo: « il collegio, « dice la sentenza, venne dalla legge qualificato collegio di arbitri « amichevoli compositori, usandosi così una locuzione *in perfetta* « *rispondenza con l'altra che vedesi usata nell'art. 20 del codice di* « *rito civile* ». Dunque, par che si possa continuare a fil di logica, siamo di fronte a un collegio arbitrale nel senso del Codice di procedura civile e non già di fronte a un organo di giurisdizione speciale!

d) Né maggiore efficacia ha, per dimostrare che il collegio in questione fosse un organo giurisdizionale, l'osservare che dinanzi ad esso dovevasi svolgere un vero procedimento in contraddittorio: anche questa del procedimento in contraddittorio è, infatti, una mo-

dalità che gli organi giurisdizionali (ordinarî o speciali) hanno in comune coll'arbitrato.

e) Lo stesso si dica dell'ultimo argomento, desunto dalla obbligatorietà per le parti e della irrevocabilità della pronuncia emessa dal collegio: questo carattere, anche se potesse valere per dimostrare che al collegio era affidato l'ufficio di giudicare su una vera e propria controversia giuridica, non avrebbe nessuna importanza per decidere se a questo collegio fosse meglio appropriata la qualifica di collegio arbitrale o quella di organo di giurisdizione speciale; giacché tanto gli arbitri quanto gli organi giurisdizionali speciali emettono decisioni che hanno ugualmente, quando siano regolarmente emesse, il carattere di essere, di fronte ai litiganti, obbligatorie ed irrevocabili.

3. — L'analisi degli argomenti portati dalla sentenza annotata, analisi che abbiamo voluto fare tanto più minuziosa quanto maggiore è il rispetto che si deve alla autorità della Corte Suprema, ci ha dimostrato, credo, che la motivazione di questa sentenza è soprattutto indirizzata a mettere diligentemente in luce nel collegio costituito in base all'art. 10 della legge 22 giugno 1913 i caratteri di un vero e proprio arbitrato; ma che non si indugia a dimostrare con altrettanta diligenza che i lodi degli arbitri siano denunciabili per eccesso di potere alle Sezioni unite *al pari delle sentenze delle giurisdizioni speciali.*

La ragione diciamo così psicologica per la quale l'estensore della sentenza è stato tratto a dare largo sviluppo a considerazioni estranee alla vera questione da risolvere, la quale per contro è stata lasciata quasi totalmente nell'ombra, si trova facilmente, quando si consideri qual è stato il campo nel quale la difesa del controricorrente ha portato, con profondità di indagine degna del valore del difensore, il dibattito. La memoria, che abbiamo avuto la ventura di leggere, dettata da Lodovico Mortara a svolgimento del controricorso, non si è limitata infatti a dimostrare che il collegio in questione non era un organo di giurisdizione speciale, il che, agli effetti puramente defensionali, sarebbe stato sufficiente per far dichiarare inammissibile il ricorso; ma, da questa dimostrazione puramente negativa passando a definire positivamente la vera natura giuridica del collegio suddetto, ha sostenuto che esso non avesse neppure la figura del vero e proprio arbitrato regolato dal Codice di procedura civile, e che, anziché un collegio di arbitri incaricato di risolvere controversie giuridiche, fosse da considerarsi come un collegio di periti, incaricato di rispondere a quesiti tecnici. Di fronte a questa tesi, sulla fondatezza della quale torneremo fra poco (n. 6), l'estensore della sentenza annotata, invece di contrapporre argomenti atti a dimostrare che il collegio fosse una

di quelle giurisdizioni speciali di cui parla la legge 31 marzo 1877, ha creduto di potersi limitare a enumerare gli argomenti che, a suo avviso, dimostrano nei componenti il collegio la qualità di arbitri anziché quella di periti; e non si è accorto, a quanto pare, che quand'anche questa dimostrazione gli fosse riuscita, l'inammissibilità del ricorso doveva ugualmente esser dichiarata per la semplice ragione che contro i lodi arbitrali non è ammesso ricorso alle Sezioni unite!

Su questo punto sarebbe da pedanti mettersi a fare erudite disquisizioni. Che tra un collegio di arbitri e un organo di giurisdizione speciale passi una fondamentale differenza è principio che si legge in tutti i manuali, e che non diventa meno esatto per il fatto che spesso nella nostra legislazione veri organi di giurisdizione speciale siano chiamati con denominazioni improprie (*collegi d'arbitri, giunte d'arbitri*), tali da far supporre in essi una natura arbitrale che in realtà non hanno. In verità, mentre le cosiddette « giurisdizioni speciali » sono veri e proprî organi dello Stato, preordinati ad esercitare in nome dello Stato una determinata sfera di pubbliche funzioni che costituisce un *ufficio*, gli arbitri, non essendo titolari di alcun ufficio, non presentano i caratteri che sono proprî degli organi dello Stato e, in qualunque modo si concepisca la natura della loro funzione, restano sempre dei privati che agiscono in nome proprio e nell'interesse delle parti (1). Questa sostanziale diversità tra gli organi di giurisdizione speciale e gli arbitri non vien meno neanche se si ritenga, contrariamente all'opinione da noi altrove adottata (2), che l'attività degli arbitri abbia carattere giurisdizionale; quand'anche, infatti, la funzione da essi esercitata si possa considerare come una funzione oggettivamente *pubblica*, non per questo gli arbitri diventano soggettivamente organi dello Stato: essi, al contrario, pur essendo temporaneamente investiti di una funzione pubblica, rimangono dei privati, come avviene in tutti gli altri numerosi casi che la dottrina raggruppa sotto il concetto di « esercizio privato di pubbliche funzioni ».

Nessuna identificazione è dunque possibile, anche per coloro che nell'attività degli arbitri vedono l'esercizio di vera giurisdizione (3), tra arbitrato e organi speciali di giurisdizione; e la differenza tra questi due istituti trova la sua più evidente conseguenza pratica nella

---

(1) Cfr. per ultimo ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, n. 147.

(2) Cfr. *La sentenza soggettivamente complessa*, n. 16, in *Studi*, II. Per i precedenti della questione, cfr. letteratura in ZANOBINI, *op. cit.*, n. 145.

(3) Cfr. specialmente il citato volume dello ZANOBINI, nel quale, quantunque l'autore sostenga energicamente la natura giurisdizionale e quindi pubblica dell'attività degli arbitri, distingue nettamente l'arbitrato dagli organi di giurisdizione speciale.

determinazione dei mezzi di impugnativa esperimentabili contro le rispettive pronuncie: chè, mentre contro le sentenze delle giurisdizioni speciali è sempre ammissibile, in mancanza d'altra norma, il ricorso alle Sezioni unite per la legge 31 marzo 1877, le impugnative contro i lodi arbitrali sono quelle, *e soltanto quelle*, contemplate negli artt. 28-33 Cod. proc.

4. — Ma qui sembra opportuno riprendere in considerazione un argomento sul quale precedentemente ci siamo riserbati di tornare e che costituisce l'unico accenno contenuto nella sentenza annotata a una distinzione tra arbitrato ed organo di giurisdizione speciale. « Dato il tenore dell'articolo, dice la sentenza, per cui il collegio « arbitrale trae vita *non dalla volontà delle parti, ma da una norma* « *legislativa*, la quale segna, financo, la funzione al collegio medesimo « demandata, si ha un primo argomento per ritenere, col conforto di « autorevole dottrina, che si tratti nella specie di un vero e proprio « organo giurisdizionale speciale ».

Indubbiamente il fatto che l'intervento del « collegio di tre arbitri « amichevoli compositori » sia imposto da una disposizione di legge e non provocato dalla libera volontà delle parti, costituisce una notevole deviazione della normale fisionomia del comune arbitrato, il quale ha questa caratteristica costante: che per esso il potere di disposizione delle parti è riconosciuto in due distinti momenti, in un primo momento in quanto le parti sono libere di scegliere tra il ricorso agli organi giudiziarî dello Stato e l'arbitrato, e in un secondo momento in quanto è rimessa alla volontà delle parti, quando si sian determinate per l'arbitrato, la scelta personale degli arbitri. Nel caso nostro la volontà delle parti perde ogni efficacia nel primo momento, in quanto esse devono, per volontà della legge, ricorrere invariabilmente all'arbitrato; il loro potere di disposizione continua invece ad essere riconosciuto nel secondo momento, in quanto spetta ancora alle parti, come nel comune arbitrato, scegliere due dei tre arbitri tra le persone di loro fiducia. Si può dire, per questa mancanza nelle parti della facoltà di determinarsi tra l'arbitrato e i giudici dello Stato, che il collegio nominato in base all'art. 10 diventi senz'altro un organo speciale di giurisdizione?

Risolvendo affermativamente questo problema la Corte suprema ha dimostrato di dimenticare che la dottrina, accanto al comune arbitrato che possiamo chiamar *facoltativo* o *volontario*, conosce — e non da oggi — una forma di arbitrato che dicesi *obbligatorio* o *necessario*, il quale differisce dal primo solamente perché i litiganti sono costretti a ricorrervi dal legislatore, che per la risoluzione di certe categorie di controversie chiude l'adito alla giustizia ordinaria e impone alle

parti di rimettersi al giudizio di arbitri *da loro stesse nominati*. Di questo arbitrato obbligatorio o necessario si hanno numerose applicazioni anche nella nostra legislazione, specialmente del periodo bellico e post-bellico; e la dottrina, che anche di recente ha sottoposto questo interessante istituto a nuove indagini (4), è di gran lunga prevalente nel ritenere ch'esso presenti caratteri nettamente distinti da quelli degli organi giurisdizionali speciali (5). È infatti evidente, come osserva lo ZANOBINI (6), « che gli arbitri non per essere imposti dalla « legge cessano di essere giudici privati: perché non siano più tali « debbono presentare i caratteri che sono proprî degli organi dello « Stato, debbono cioè, ricoprire un ufficio ». Non si nega che molte volte, specialmente a causa della poco esatta terminologia legislativa, sia difficile distinguere caso per caso se certi collegi giudicanti istituiti dal legislatore rientrino sotto il concetto dell'arbitrato obbligatorio o costituiscano addirittura organi speciali di giurisdizione; ma non mancano i criterî di distinzione, come quello suggerito dallo stesso ZANOBINI (7), il quale insegna che un collegio giudicante si deve qualificare come organo di giurisdizione speciale soltanto quando è permanente e preordinato alla controversia che deve decidere, mentre deve considerarsi come un caso di arbitrato quando si forma in occasione della controversia e si scioglie appena emessa la decisione. Questo criterio, a nostro avviso, è esatto solo in parte e ha bisogno di essere integrato con un ulteriore carattere differenziale fra i due istituti: noi crediamo, cioè, che, per potere fare rientrare un collegio giudicante sotto il concetto di arbitrato obbligatorio non basti che questo collegio si costituisca per decidere una sola controversia e si esaurisca con questa, ma occorra altresì che i componenti il collegio, o almeno la maggioranza di essi, siano liberamente scelti *dalle parti in causa* (8). Se, ad esempio, *per la risoluzione di una singola controversia* il legislatore istituisse un collegio giudicante indicando in pre-

---

(4) Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, 5ª ed., vol. I, pag. 657; MORTARA, *Commentario*, vol. III, pag. 94 e segg.; GALANTE, *Dir. proc.*, pag. 87 e segg.; ZANOBINI, *op. cit.*, n. 150; e V. OLIVIERI, *L'arbitrato obbligatorio* (*Studî senesi*, 1923), una delle migliori dissertazioni di laurea presentate in questi ultimi anni alla Università di Siena.

(5) Contro: PRESUTTI, *Istituz. di diritto amministrativo italiano*, 1920, vol. II, pag. 550; OLIVIERI, scritto cit., pagg. 12 e 13.

(6) *Op. cit.*, pag. 360.

(7) *Op. cit.*, pag. 362.

(8) Nel caso dei Probiviri, che lo ZANOBINI, loc. cit., ricorda a questo proposito (pag. 362), la nomina dei giudici non è fatta *dalle parti in causa*, ma da tutti i componenti le categorie economiche a cui appartengono coloro che, quando la controversia si presenterà, potranno essere parti in causa: siamo qui di fronte a una vera giurisdizione speciale.

cedenza le persone chiamate a comporlo o stabilendo che, al momento della formazione del collegio, i suoi componenti dovessero esser designati con criterî diversi da quello della libera scelta delle parti (9), qui ci troveremmo di fronte ad un vero e proprio organo di giurisdizione speciale, quantunque non permanente e non destinato a sopravvivere alla controversia; sembra infatti che il nucleo centrale del concetto di arbitrato, volontario o necessario, consista proprio in quel potere che con esso è lasciato alle parti di scegliersi liberamente, secondo preferenze personali, i giudici di loro fiducia; là dove anche questo potere viene a mancare, svanisce del tutto la figura dell'arbitrato, e subentra necessariamente quella di organo giurisdizionale speciale. Si hanno dunque tre possibilità: se la legge lascia alle parti la facoltà di deferire la controversia o agli organi giudiziarî ordinarî ovvero a un collegio di privati da esse scelti, si ha l'arbitrato volontario o facoltativo; se la legge vieta alle parti di ricorrere agli organi giudiziarî ordinarî ed impone loro di deferire la controversia a un collegio di privati da esse scelti, si ha l'arbitrato obbligatorio o necessario; se la legge vieta alle parti di ricorrere agli organi giudiziarî ordinarî e impone loro di deferire la controversia a un collegio i cui componenti non sono scelti dalle parti ma da una pubblica autorità che non è parte in causa, siamo in presenza di un organo giurisdizionale speciale (10).

Ad ogni modo, qualunque dei suesposti criterî si adotti per distinguere gli arbitrati obbligatorî dalle giurisdizioni speciali, è certo che nel nostro caso non era difficile stabilire sotto quale di queste due figure si dovesse far rientrare il collegio previsto dall'art. 10 della legge 22 giugno 1913: si trattava infatti di un collegio non permanente, costituito per risolvere una singola questione (determinazione di una indennità) e destinato a sciogliersi subito dopo, — tutti caratteri che, secondo il criterio suggerito dallo Zanobini, portavano nettamente ad escludere che questo collegio rientrasse nel novero degli organi giurisdizionali speciali; alla stessa conclusione si sarebbe giunti, ove si fosse seguito il criterio supplementare suggerito da noi, giacché nel caso in questione due dei tre giudici dovevano essere nominati dalle parti in causa, il che confermava il carattere schiettamente arbitrale del collegio giudicante.

Sembra, dunque, che l'unico argomento portato dalla sentenza annotata per attribuire la natura di organo giurisdizionale speciale al collegio in questione, non autorizzasse in alcun modo a giungere

---

(9) Esempî di questo fenomeno nel mio scritto: *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, (in *Studi*, II) nota 9.

(10) Cfr. tutta la nota 9 del mio scritto precedentemente citato.

a quella conclusione: esso poteva tutt'al più dimostrare che qui si era di fronte a un caso di arbitrato obbligatorio o necessario; ma siccome anche questa forma di arbitrato è regolata dalle stesse norme del comune arbitrato facoltativo o volontario (deposito del lodo in pretura, mezzi di impugnativa, ecc.) *e non dalle norme proprie delle giurisdizioni speciali* (11), così anche questa più esatta definizione della natura del collegio arbitrale non avrebbe logicamente dovuto salvare il ricorso alle Sezioni unite dalla dichiarazione di inammissibilità (12).

5. — Quanto finora si è detto crediamo che basti a dimostrare l'errore in cui la Corte suprema è caduta quando ha considerato come sentenza di un organo di giurisdizione speciale una pronuncia che tutt'al più, in base agli argomenti addotti dalla stessa Corte, potevasi considerare come il lodo, non impugnabile dinanzi alle Sezioni unite, di un collegio arbitrale *necessario*. Ma se la parte negativa del nostro còmpito può dirsi esaurita coll'aver dimostrato che il collegio in questione non era una giurisdizione speciale, la memoria di Lodovico Mortara, nella quale la stessa natura arbitrale di questo collegio è vigorosamente combattuta, e il desiderio di trarre occasione da questa fattispecie per chiarire a noi stessi concetti generali che nella dottrina si trovano spesso, per la grande sottigliezza dei loro confini, confusi e soprammessi, ci spingono a soffermarci ancora sull'argomento, per tentare di meglio definire in senso positivo quale fosse la vera natura giuridica del collegio previsto dall'art. 10 della legge 22 giugno 1913.

Le ragioni in base alle quali nella sua memoria defensionale Lodovico Mortara nega a questo collegio non solo la qualifica di organo giurisdizionale speciale, ma anche quella di vero e proprio arbitrato, si possono schematicamente riassumere nelle seguenti:

a) Per intendere esattamente qual'è la funzione affidata al suddetto collegio, bisogna integrare la legge 22 giugno 1913, che dà all'amministrazione demaniale, come già si è visto (n. 1), la facoltà di espropriare le sorgenti minerali private nel bacino di Montecatini,

---

(11) Zanobini, *op. cit.*, pag. 361.

(12) Inversamente le decisioni delle vere e proprie giurisdizioni speciali, che possono essere impugnate alle Sezioni unite in base all'art. 3, n. 3, della legge 31 marzo 1877, non sono sottoposte alle impugnative ammesse dal Codice di proc. civile contro i verî lodi arbitrali. In questo senso (in relazione alle decisioni della commissione arbitrale istituita dall'art. 12 del decreto luogotenenziale 27 luglio 1916, n. 913) cfr. App. Trani, 24 febbraio 1919, in *Foro Puglie*, 1919, II, pag. 34, con nota di G. Penta: cfr. anche, in generale, Mortara, *Comm.*, vol. I, n. 441.

col regolamento approvato con r. decreto 8 aprile 1920, il quale stabilisce (art. 17) che l'esercizio di questa facoltà di espropriazione « salvo per quanto riguarda il procedimento e i criterî per la « determinazione dell'indennità, è subordinato alla osservanza delle « norme dettate con la legge 25 giugno 1865, n. 2359 ». Questo significa che anche per la espropriazione delle sorgenti private di Montecatini resta in vigore il comune procedimento stabilito dalla legge 25 giugno 1865 per le espropriazioni per pubblica utilità in genere: colla sola differenza che, anteriormente alla pronuncia del decreto di espropriazione da parte del prefetto, la determinazione della indennità non è fatta secondo il procedimento e i criterî stabiliti dagli artt. 24 e 26 della predetta legge 25 giugno 1865 (preventiva offerta, esperimento di conciliazione innanzi al sindaco, ricorso al tribunale e nomina giudiziaria di periti, ecc.), ma è fatta con un procedimento molto più rapido e semplice, attraverso il collegio di tre periti previsto appunto dall'art. 10 della legge 22 giugno 1913. Questo collegio, dunque, non è altro che « un organo tecnico speciale destinato a « sostituire quelli che la legge del 1865 ha costituiti per la semplice « valutazione della indennità di espropriazione »; il suo ufficio consiste « soltanto nel redigere una relazione di stima ai fini e con gli effetti « preveduti nell'art. 17 della legge 25 giugno 1865 sulle espropriazioni « per pubblica utilità, vale a dire per mettere in grado il prefetto « di pronunciare il decreto di espropriazione, senza del quale lo scopo « dell'art. 10 della legge speciale non potrebbe mai esser realizzato, « come lo conferma l'art. 17 del regolamento relativo » (13).

b) L'ufficio del collegio previsto dall'art. 10 della legge 22 giugno 1913 non consiste nel giudicare una controversia in base a criterî giuridici, ma nello stabilire in base a criterî tecnici la misura della indennità corrispondente al valore della sorgente da espropriare. L'intervento del collegio non è dunque « in sede contenziosa », perché, al momento in cui il collegio è chiamato a stabilire la misura della indennità, non esiste ancora una controversia giuridica. « Potrà « eventualmente sorgere contrasto sulla misura dell'indennità; ma « questo, secondo l'ordinamento stabilito dalla legge del 1865 (art. 51) « non può sorgere se non *dopo pronunciato il decreto* di espropriazione. « Il procedimento organizzato dalla legge del 1913 è *esclusivamente* « *anteriore al decreto di espropriazione*, quindi si svolge in una fase « a cui rimane estranea la funzione giurisdizionale, perché non esiste « ancora contrasto di diritti soggettivi » (14).

c) La natura essenzialmente peritale del collegio previsto dalla

---

(13) MORTARA, *Memoria*, cit., pag. 8 e pag. 21.

(14) MORTARA, *Memoria*, cit., pag. 12.

legge 22 giugno 1913 non può essere negata per il fatto che l'art. 10 della legge stessa lo chiami « collegio di tre arbitri amichevoli « compositori ». Il significato di questa espressione, la quale, se fosse stata adoprata dal legislatore nel senso preciso dell'art. 20 Cod. proc. civ., attribuirebbe al collegio l'ufficio di decidere vere e proprie controversie giuridiche (sia pure in base ai principî dell'equità), viene per dir così neutralizzato da altre espressioni adoprate nello stesso articolo, le quali meglio si adattano a periti tecnici che ad arbitri giudicanti. L'articolo, infatti, non parla di decisione o di sentenza o di lodo, ma di « determinazione della indennità », da farsi « con « relazione unica sommaria » (frase che richiama quella adoprata per i periti dall'art. 264 Cod. proc. civ.); e, dopo aver detto che spetta al presidente della Cassazione di Firenze nominare il terzo arbitro, aggiunge che egli « nominerà pure gli altri *due periti*, qualora non vi « provvedano le parti ». In tanta ambiguità di terminologia, oscillante fra il concetto dell'arbitrato e quello della perizia, sembra prudente non dar troppo peso a quella espressione di « arbitri amichevoli com- « positori » che il legislatore evidentemente ha adoprato in un senso inesatto ed approssimativo, forse lasciandosi deviare dal fatto che lo stesso Codice di procedura attribuisce a una speciale categoria di periti la denominazione, lessicalmente molto vicina a quella adoprata dall'art. 10, di « arbitri conciliatori » (art. 402 Cod. proc. civ.): i compilatori della legge 22 giugno 1913 hanno probabilmente ritenuto che tra le parole *arbitro* e *perito* vi fosse una tale prossimità di significato, da poterle adoprare promiscuamente senza che avesse a soffrirne la chiarezza delle disposizioni; e si ha di ciò un'eloquente conferma nei precedenti parlamentari della legge 22 giugno 1913, dai quali risulta che nel testo originario concertato nel 1909 fra l'on. Lacava e la commissione parlamentare nominata dagli ufficî, la disposizione corrispondente all'attuale art. 10 diceva così: « Il valore dei « beni da espropriarsi sarà determinato... da un collegio di *tre periti*, « nominati l'uno dall'amministrazione espropriante, l'altro dal pro- « prietario espropriato, e il terzo dal primo presidente della Corte di « cassazione di Firenze, il quale nominerà pure *gli altri periti*, ove « non vi provvedano le parti » (15).

6. — Questi argomenti serî e decisivi portati dalla autorevole difesa del controricorrente per dimostrare la natura peritale del collegio non sono stati in alcun modo confutati dalla suprema Corte: essa si è lasciata soprattutto distrarre, a quanto sembra, dal fatto che lo stesso collegio nominato in base all'art. 10 della legge 22 giugno 1913 abbia espresso l'avviso di essere un vero collegio arbitrale incaricato

(15) Cfr. Mortara, *Memoria*, cit., pagg. 9-19.

di derimere controversie « in sede contenziosa », ed abbia di conseguenza sottoposto la sua pronuncia all'*exequatur* del pretore, come se si trattasse di un vero lodo. Ma queste, per chi non si contenti delle apparenze, e voglia, se non approfondire, almeno scalfire la sostanza della questione, non sono ragioni serie: se i periti avevano peccato di... superbia nel credersi arbitri e nel considerare come un lodo la loro perizia, questa non era una buona ragione perché sulla via del peccato li dovesse seguire la Corte suprema!

Tutti gli altri argomenti portati dalla sentenza annotata per negare che il collegio avesse natura peritale, gli stessi argomenti da noi analizzati al n. 2, per i quali la Cassazione ha creduto di poter affermare che questo collegio fosse un organo giurisdizionale speciale, girano intorno alla questione centrale e si perdono intorno a punti secondarî che per essa non hanno importanza decisiva.

Quando, ad esempio, la Corte suprema esclude che qui si abbia un caso di perizia solo perché il responso del collegio doveva esser preceduto da una specie di istruttoria con intervento in contraddittorio delle parti interessate (« uditi, dice l'art. 10, il proprietario ed il ministero delle finanze »), sembra dimenticare che anche nella ordinaria perizia del Codice di procedura la parte diligente deve citare l'altra ad assistere al giuramento dei periti e a sentir stabilire il luogo, il giorno e l'ora in cui essi cominceranno le loro operazioni (art. 259); nel corso delle quali, poi, ambedue le parti hanno il diritto di essere udite dai periti per far le osservazioni che credano nel loro interesse (art. 262) (16). Ma, se è vero che di regola non vi ha sentenza senza contraddittorio, non è vero inversamente che ogni contraddittorio dia luogo ad una sentenza!

Neppure ha importanza decisiva per escludere la perizia il carattere di irrevocabilità che, a detta della Corte suprema, doveva aver la determinazione della indennità fatta dal collegio. Innanzitutto questa irrevocabilità è soltanto affermata, ma non dimostrata dalla Corte: anzi, poiché questo collegio costituisce soltanto (cfr. *retro*, n. 5, *a*) un mezzo per semplificare parzialmente l'ordinario procedimento delle espropriazioni per pubblica utilità, le cui regole riprendono il sopravvento non appena il collegio abbia esaurito il suo ufficio, ritengo che contro il decreto di espropriazione emanato dal prefetto in base alla stima del collegio sia esperimentabile l'opposizione prevista dall'art. 51 della legge 25 giugno 1865, per far modificare la stima in favore dell'espropriato. Ma, anche ammesso che la determinazione della indennità fatta dal collegio sia da considerarsi irrevocabile, è proprio vero che questo carattere di irrevocabilità del

(16) Cfr. anche l'art. 38 della legge 25 giugno 1865.

responso sia inconciliabile coll'istituto della perizia? Può darsi che a rispondere affermativamente a questa domanda ci induca il ricordo dell'art. 270 Cod. proc. civ., il quale facendo ossequio al principio della libera valutazione delle prove da parte del giudice, toglie all'avviso dei periti giudiziarî ogni carattere vincolativo. Ma è concepibile che, in un sistema probatorio diverso, l'avviso dei periti vincoli l'autorità giudiziaria, senza che per questo i periti assumano la qualità di giudici: ciò è avvenuto, infatti, in altre legislazioni, nelle quali anche il valore probatorio della perizia era regolato secondo il principio della prova legale (17); e anche nel nostro diritto la dottrina conosce dei casi ammessi da leggi speciali, in cui le valutazioni fatte da un collegio di tecnici debbono essere accolte dal giudice come premesse invariabili del suo provvedimento (18). E tuttavia in questi casi il responso degli esperti mantiene la sua natura essenzialmente tecnica, né la loro funzione assume per ciò carattere giurisdizionale: chè, come altrove ho cercato di dimostrare (19), nei numerosi casi in cui il giudice è tenuto a includere senza critica nelle premesse della sua sentenza elementi logici fissati da altre persone, questi cooperatori necessarî del giudice non possono considerarsi per questo come investiti di giurisdizione, dal momento che la funzione giurisdizionale ha la sua esplicazione caratteristica non nel ragionare, ma nel comandare in base alla conclusione del precedente ragionamento.

Per stabilire se nel caso nostro i componenti il collegio fossero chiamati a esplicare opera di giudici oppure opera di periti, bisognava chiarire quale era la natura delle premesse logiche in base alle quali il collegio era chiamato a pronunciarsi. Il collegio era indubbiamente chiamato a risolvere una questione, e per risolverla doveva compiere un ragionamento, che da una serie di premesse giungesse a una certa conclusione; ma non ogni questione è una *controversia* (nel senso dell'art. 8 Cod. proc. civ.), né ogni conclusione è una sentenza. La differenza tra la conclusione di un giudice e quella di un perito si impernia tutta su questo punto fondamentale: che il giudice pone come premessa maggiore del suo ragionamento una norma giuridica, cioè l'affermazione di ciò che il diritto vuole in forma ipotetica per tutta una serie di possibili casi futuri, e come conclusione l'affermazione che nella fattispecie quella volontà astratta del diritto è diventata concreto comando; mentre il perito pone premessa maggiore del suo ragionamento un principio scientifico o una massima tratta dall'osservazione di ciò che comunemente accade *in rerum natura*

---

(17) Cfr. LESSONA, *Teoria delle prove*, 3ª ed., vol. IV, n. 409.

(18) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 113, nota 1; LESSONA, *op. cit.*, vol. IV, n. 418 (che considera però questi casi come veri e proprî arbitrati).

(19) *La sentenza soggettivamente complessa* (in *Studi*, II) § 4.

(una *massima di esperienza*, come ormai si usa dire) e coll'aiuto di questa giunge a determinare, nella conclusione, l'esistenza o il modo di essere di una certa circostanza di fatto. La conclusione contenuta nella sentenza è un comando; la conclusione contenuta nella perizia è una constatazione di fatti apprezzati tecnicamente.

Ora nel caso nostro il ragionamento che il collegio era chiamato a compiere per esplicare il còmpito attribuitogli, doveva muovere da premesse tecniche, non da premesse giuridiche; lo stesso art. 10 della legge 22 giugno 1913 suggeriva al collegio, nel capoverso seguente a quello che già conosciamo, i criterî da seguire: « La deter- « minazione dell'indennità avrà luogo in base al valore che le sorgenti, « i terreni ed i fabbricati avrebbero in una libera contrattazione di « compravendita, ecc. ». Si trattava dunque di premesse di natura economico-contabile, quali devono essere possedute da chi faccia di professione l'agrimensore o il ragioniere, non di premesse giuridiche, quali devono esser possedute da un giudice: e per ragione di logica elementare, se tecniche e non giuridiche erano le premesse, tecnica e non giuridica doveva esser la conclusione. Del resto, che la stima del valore di una cosa sia un giudizio tecnico, proprio del perito, e non un giudizio giuridico proprio del giudice, si desume — se pur c'è bisogno di ricorrere a queste astuzie ermeneutiche per dimostrare ciò che il solo buon senso basta a far intuire! — dall'art. 1377 Cod. civ., il quale considera la questione sul valore della cosa come una *quaestio facti* che può essere oggetto, in mancanza di altri mezzi di prova, di giuramento estimatorio: cosicché, se si dovesse menar per buono l'avviso della Corte suprema che vede un organo giudicante in un collegio costituito all'unico scopo di stimare il valore della cosa, bisognerebbe logicamente concludere che la funzione giurisdizionale può consistere nella mera risoluzione di una questione di fatto in base a criterî tecnici: si avrebbe, cioè, una *iurisdictio*, dalla quale il fattore giuridico sarebbe completamente bandito!

7. — Senonché potrebbe qualcuno osservare che, se il collegio previsto dall'art. 10 della legge 22 giugno 1913 non può correttamente definirsi né come un organo di giurisdizione speciale né come un collegio arbitrale, neppure appar del tutto soddisfacente il considerarlo come un puro collegio di periti. È facile infatti obiettare che il concetto di perizia, istituto che il nostro diritto regola soltanto nel suo aspetto processuale, richiama naturalmente l'idea di un processo e di un giudice al quale la relazione peritale debba esser presentata, affinché egli se ne serva per integrar le premesse della sua sentenza. Ammettiamo pure che sia concepibile, in certi casi, una perizia vincolativa per il giudice, e che il caso nostro possa rientrare tra questi:

ma, se di semplice perizia qui si tratta, qual è nel procedimento stabilito dalla legge 22 giugno 1913 il giudice al quale la perizia deve servire? qual è l'atto giurisdizionale al quale i risultati di questa perizia debbon servire da premesse logiche? In verità, in tutto questo procedimento, non appare mai l'intervento di una autorità giudiziaria, separata e distinta dal collegio di periti, che possa utilizzare il responso tecnico dei medesimi per formare il contenuto di un suo comando giurisdizionale. Il collegio dei periti appare qui isolato e non preordinato a facilitare l'ulteriore attività di un altro organo giudicante. D'altra parte non si può trascurare che qui, se il collegio non è chiamato a giudicare una vera e propria controversia giuridica, esso si trova però a dover risolvere una divergenza economica tra due contrapposti interessati, un conflitto di interessi semplici tra l'amministrazione espropriante e il cittadino espropriato: tra la prima, che ha interesse a pagare una indennità inferiore al giusto, e il secondo, che ha interesse a ricevere un'indennità superiore al giusto, il collegio è chiamato a comporre il dissidio attraverso la determinazione di quella che, al lume dei criterî tecnici, è la giusta indennità. Il collegio dunque non sarebbe chiamato, come fanno i periti giudiziarî nel processo, a valutare tecnicamente un fatto, sulle conseguenze giuridiche del quale spetta poi al giudice pronunciarsi; ma sarebbe chiamato a dirimere in base a premesse tecniche un conflitto di interessi semplici.

Ecco che a questo punto sembra di intravedere nel collegio previsto dalla legge 22 giugno 1913 alcuni tratti che ricordano assai da vicino la figura dell'*arbitrator* del diritto privato, quale è concepita da una parte autorevole della dottrina (20): l'analogia tra la funzione del terzo scelto dalle parti per la determinazione del prezzo della vendita (art. 1454 Cod. civ.) e quella del nostro collegio, scelto in maggioranza dagli interessati per la determinazione della indennità di espropriazione, è di per sé evidente. Nell'un caso e nell'altro c'è tra i due interessati un conflitto economico sul *quantum* da determinare; nell'un caso e nell'altro la risoluzione di questo conflitto viene rimessa a un organo imparziale, che gode la fiducia di ambedue gli interessati, perché ambedue hanno cooperato colla loro volontà a costituirlo. Anche l'effetto a cui mira questo intervento di un organo imparziale distinto dagli interessati è identico nei due casi: la determinazione di un elemento di un negozio giuridico, che nel primo caso è un contratto di compra-vendita, nel secondo caso è un atto amministrativo di espropriazione.

---

(20) Cfr. per ultimo CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civile*, 1924, I, specialmente a pag. 124 e segg.

Certo, una differenza fondamentale tra l'arbitraggio dell'art. 1454 Cod. civ. e l'istituto consacrato nell'art. 10 della legge 22 giugno 1913 si ha in ciò: che l'arbitrio del terzo nel primo caso è provocato dalla concorde volontà degli interessati, mentre nel secondo è imposto agli interessati da una disposizione di legge. Ma questa differenza non è che una naturale conseguenza della diversa posizione in cui si trovano nei due casi gli interessati: posti in condizione di parità quando agiscono nel campo del diritto privato contrattuale, mentre nel campo della espropriazione per pubblica utilità l'amministrazione espropriante si trova in condizione di supremazia di fronte all'espropriato. Ciò non esclude peraltro che anche nel caso di espropriazione l'intervento del collegio incaricato di stabilire l'indennità costituisca una garanzia efficace per assicurare che un elemento del negozio di diritto pubblico contenuto nel decreto di espropriazione sia determinato imparzialmente, *nell'interesse anche dell'espropriato*. Si potrebbe infatti pensare che l'amministrazione, quando per ragioni di pubblica utilità il diritto le consente di invadere il campo della proprietà dei privati cittadini anche senza il concorso della loro volontà, provvedesse direttamente, mediante organi propri, a determinare unilateralmente l'ammontare della indennità (questo si trova stabilito, infatti, in alcuni decreti del periodo bellico, relativi alle requisizioni militari: per es. per il regio decreto 22 aprile 1915, n. 506, art. 8 « l'indennità viene « liquidata dall'autorità che esegue la requisizione »; cfr. anche decreto luogotenenziale 30 ottobre 1915, n. 1570, contenente norme per le requisizioni disposte dalle autorità militari o civili); ma è evidente che questa determinazione fatta da uno solo degli interessati porta con sé il sospetto della parzialità e della iniquità. Per evitare questo sospetto, la legge, quando non ci siano, come nel caso delle requisizioni belliche, speciali ragioni di urgenza che consiglino di lasciare alla stessa amministrazione la determinazione dell'indennità, cerca di far sì che questa determinazione avvenga attraverso procedimenti che garantiscano all'espropriato una valutazione equa del compenso dovutogli. Tale valutazione equa può raggiungersi o attraverso trattative amichevoli tra l'amministrazione espropriante e l'espropriato (legge 25 giugno 1865, art. 28) o attraverso l'intervento di un organo estimatore imparziale: per la nomina del quale in certi casi la legge si rimette all'autorità giudiziaria (per es. art. 32 legge 25 giugno 1865), mentre in altri, tra i quali rientra appunto quello che qui esaminiamo, la facoltà di scelta è deferita alle stesse parti, secondo il sistema cosiddetto paritetico (per es. legge 20 giugno 1909 sulle antichità e belle arti, art. 9 e 10; testo unico delle leggi sulla bonificazione delle paludi, 22 marzo 1900, n. 105, art. 15, capoverso, nei casi in cui non vi sia contestazione giudiziaria; decreto luogotenenziale 7 febbraio

1918, n. 153, per il prosciugamento dei terreni paludosi, ecc.). In quest'ultima categoria di casi è evidente che il legislatore, pur ammettendo che l'espropriazione possa avvenire anche senza, o magari contro, la volontà dell'espropriato, cerca non diciamo di ristabilire l'equilibrio tra le volontà dei due interessati fino a riportarle in quella condizione di parità in cui si trovano nel contratto, ma almeno di temperare alquanto il disequilibrio tra le medesime col dare alla volontà dell'espropriato il potere di concorrere alla scelta dell'organo incaricato di determinare la indennità, in forma molto simile a quella in cui ambedue i contraenti possono concorrere, nel contratto di compra-vendita del diritto privato, a scegliere il terzo arbitro del prezzo. Anche se non si vuole considerare, come pur fecero vecchie teorie, la espropriazione per pubblica utilità come un caso di vendita forzata, e si preferisce classificarla tra i negozî di diritto pubblico, certo è che nei casi ultimamente considerati si presenta proprio lo stesso fenomeno che si verifica nel diritto privato per l'art. 1454 Cod. civ. e per le altre disposizioni analoghe: l'intervento di un terzo imparziale, scelto dalle parti non per decidere una controversia su diritti già esistenti (che sarebbe funzione di veri arbitri), ma per risolvere un conflitto di interessi semplici intorno a un elemento ancora indeterminato di un negozio giuridico *in via di formazione*. Possiamo perciò parlare anche qui di arbitratori e di arbitraggio (distinguendoli dagli arbitri e dall'arbitrato) nello stesso senso in cui se ne parla nel diritto privato; con questa differenza che, mentre nel campo del diritto privato il ricorso agli arbitratori è rilasciato alla libera volontà delle parti, nei casi sopra esaminati l'intervento degli arbitratori è imposto per legge. L'arbitraggio contemplato dall'art. 10 della legge 22 giugno 1913 e da altre disposizioni analoghe di altre leggi speciali sta perciò all'arbitraggio dell'art. 1454 Cod. civ., come l'arbitrato obbligatorio o necessario di cui si è parlato al n. 4 sta al comune arbitrato facoltativo o volontario del codice di procedura; sicché quel collegio della legge 22 giugno 1913 di cui finora si è discusso, può esser considerato come un caso di *arbitraggio necessario di diritto pubblico* (intervento imposto dalla legge di un organo estimatore a composizione paritetica per la valutazione imparziale, in base a criterî tecnici, di un elemento ancora indeterminato di un negozio di diritto pubblico in via di formazione).

8. — In conclusione dunque, possiamo così riassumere il cammino logico della presente nota: mentre in una prima parte (nn. 2-4) limitandoci a una critica puramente negativa della sentenza annotata, abbiamo cercato di dimostrare che il collegio contemplato dalla legge 22 giugno 1913 non può in alcun modo considerarsi come un organo

speciale di giurisdizione e che gli argomenti portati dalla Corte suprema possono tutt'al più servire a farlo rientrare sotto il concetto dell'arbitrato obbligatorio, nella seconda parte (nn. 5-7), partendo dall'esame della speciale funzione tecnica di quest'organo, abbiamo creduto di rilevare in esso la figura di un istituto giuridico, la cui funzione differisce profondamente non solo da quella delle giurisdizioni speciali, ma altresì da quella degli arbitri giudicanti: questo istituto, appartenente al diritto sostanziale e non al diritto processuale, è l'*arbitraggio di diritto pubblico* che la dottrina non ha finora, a mia scienza, nettamente isolato dagli istituti affini, ma che meriterebbe di essere studiato dai pubblicisti colla stessa finezza e colla stessa cura con cui la figura degli arbitratori è stata analizzata di recente dallo SCADUTO nel campo del diritto privato. Questa definizione della natura giuridica del collegio previsto dalla legge 22 giugno 1913, il quale ci appare così *come investito di funzioni meramente amministrative*, conferma da un nuovo punto di vista l'errore in cui è caduta la sentenza annotata; chè, quand'anche questo collegio avesse veramente invaso colla sua pronuncia il campo riservato agli organi preposti alla sanità pubblica, si sarebbe verificato, caso mai, un conflitto tra due organi amministrativi, tale da non legittimare in alcun modo un ricorso alle Sezioni unite in base all'art. 3, n. 3, della legge 31 marzo 1877 (21). Ma la definizione giuridica da noi qui proposta non ha importanza limitata alla risoluzione della fattispecie ora discussa: noi riteniamo infatti che una indagine accurata su questo argomento non solo sarebbe interessante per la teoria della formazione dei negozî di diritto pubblico; ma sarebbe anche utilissima alla pratica per dimostrare che a molti di quei collegi o giunte o commissioni arbitrali, spuntati su con tanta abbondanza nella nostra legislazione più recente, non solo non si adattano le regole proprie degli organi speciali di giurisdizione, ma neanche quelle del vero e proprio arbitrato (22).

---

(21) Cfr. decisioni delle Sezioni unite del 30 maggio 1921, 24 gennaio, 13 marzo e 24 aprile 1922, in *Giur. it.*, 1921, I, 1, 669, e 1922, I, 1, 215, 353, 497.

(22) Della confusione di idee che regna ancora nella giurisprudenza per casi simili a questo si ha una riprova nella sentenza della 2ª sezione della Cassazione del regno 25 febbraio 1924 (*Giur. it.*, 1924, I, 1, pag. 274) la quale, esaminando la natura giuridica del cosiddetto « collegio arbitrale » contemplato dall'art. 13 testo unico 10 novembre 1915, n. 647, sul bonificamento dell'agro romano e richiamato dall'art. 2 del regio decreto 23 gennaio 1921, n. 52, giustamente decide che questo collegio non è da considerarsi come un organo di giurisdizione speciale; ma poi erroneamente ritiene ch'esso sia un vero arbitrato sottoposto alle regole del Codice di proc. civile, mentre basta leggere l'art. 13 sopra citato per accorgersi che esso non ha la funzione di giudicare su diritti, ma quella di stimare il valore economico di un fondo destinato a una espropriazione non ancora compiuta.

VI

SE IL CREDITORE POSSA FARE OPPOSIZIONE ALL'INGIUNZIONE EMESSA CONTRO IL DEBITORE (*)

La sentenza surriportata dal Tribunale di Potenza, risolvendo due questioni concernenti la determinazione della persona cui spetta il diritto di opposizione contro l'ordine di pagamento emesso nel procedimento monitorio, ha stabilito due massime, le quali, se hanno entrambe per mancanza di precedenti il pregio della novità, non sembra che abbian del pari, per assoluto difetto di ogni fondamento razionale, il pregio della esattezza giuridica. Espongo brevemente le ragioni del mio fermo dissenso.

1. — Prescindo assolutamente dalla esistenza in concreto di quel dolo, che, secondo l'art. 512 Cod. proc. civ., è presupposto indispensabile dell'opposizione del creditore. Che nel caso pratico questo dolo ci fosse o non ci fosse, che il creditore opponente ne avesse o non ne avesse data la prova, è questione che qui non ci interessa: supponiamo, in via di mera ipotesi, che la ingiunzione fosse realmente effetto di dolo o di collusione, e limitiamoci ad esaminare se il Tribunale di Potenza abbia correttamente ragionato quando ha negato al creditore danneggiato da questa frode il rimedio della opposizione di terzo.

Osservo intanto, per far intendere la grande importanza pratica

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. III, 1926, P. II, pagg. 339-350 in nota alla sentenza del Tribunale di Potenza, 8 gennaio 1926, Pascale e Tufaroli c. Banca d'Italia e eredi Genovese, così massimata: « Non è « ammissibile opposizione di terzo in base all'art. 512 Cod proc. civ. contro la « ingiunzione emessa secondo il procedimento introdotto dal r. decr. 24 luglio 1922, « n. 1036, poiché l'ingiunzione, che è un provvedimento *sui generis*, paragonabile « a un atto di volontaria giurisdizione, non può considerarsi come una vera e « propria sentenza. Il creditore non può surrogarsi in forza dell'art. 1234 Cod. civ. « al debitore, per fare opposizione alla ingiunzione emessa contro questo; poiché « il diritto di fare opposizione alla ingiunzione è strettamente inerente alla persona « del debitore »]. [*Bibliografia*, n. 139].

che può avere il problema, che il procedimento per ingiunzione del decr. 24 luglio 1922 e in genere il procedimento monitorio sembra fatto apposta per fornire ai debitori disonesti uno strumento celere ed economico per frodare, colla connivenza di un creditore simulato o addomesticato, i creditori veri. Non sono rari, purtroppo, i commercianti che in prossimità del fallimento ricorrono, per salvare gli immobili, al vecchio espediente del processo simulato, mediante il quale riescono in pochi giorni a fare iscrivere sui loro beni a favore di un compiacente compare una provvida ipoteca giudiziale, che, almeno secondo certa corrente della giurisprudenza, può far fronte al pericolo della revocatoria fallimentare assai più fortemente di una semplice ipoteca convenzionale. A questo giuoco fraudolento si presta egregiamente il processo ordinario in contraddittorio, quando la frode sia assistita dall'arte furfantesca di qualche cavalocchio, specialista in questa sorta di salvataggi; ma tuttavia il processo ordinario col suo formalismo, colle sue lungaggini, colla sua pubblicità, colla necessità che il giudice non si pronunci se non dopo un esame approfondito del merito, può presentare qualche resistenza alla sollecita riuscita della manovra: la possibilità che qualche creditore, informato del tiro che si sta per giuocargli, intervenga in causa a tutela del suo interesse, e la stessa sagacia del giudice che, esaminando il merito, fiuterà facilmente l'intento doloso del giudizio, possono assai spesso far naufragare il tentativo. Tutti questi ostacoli spariscono di incanto nel procedimento monitorio: la semplicità e la celerità di esso agevolano il cammino del debitore disonesto: il giudice, per emanar la ingiunzione, si deve contentare di un esame superficiale, assolutamente inidoneo a scoprir sotto le apparenze la frode nascosta; la mancanza di pubblicità, propria di questo procedimento senza contraddittorio, esclude che i creditori possano qui venire a conoscere ciò che si trama a loro danno; e il debitore che vuol farsi condannare non ha da penar tanto a studiar un metodo di difesa che gli serva a perder la causa coll'apparenza di volerla vincere, poiché nel processo monitorio basta la sua inerzia a dare all'ingiunzione l'efficacia di titolo esecutivo. Così, con pochissima spesa e con grande celerità, si fabbrica la condanna e il titolo per l'ipoteca giudiziale: e i creditori veri, i quali forse nel frattempo, in mancanza di una prova scritta del loro credito, hanno dovuto battere la via più lunga del processo ordinario, si trovano sopravanzati dal creditore finto, che è giunto, col procedimento monitorio, ad iscrivere prima.

È possibile, ciò premesso, che la legge la quale dà ai creditori un rimedio contro la frode che si fa strumento del processo ordinario, li lasci assolutamente indifesi contro la frode, assai più facile e quindi assai più temibile, che si serve del processo ingiunzionale?

2. — L'argomento principale, anzi unico, che la sentenza annotata invoca per negare la ammissibilità della opposizione del creditore contro la ingiunzione basata su dolo e collusione a suo danno, consisterebbe nella natura di questa ingiunzione, la quale non può paragonarsi ad una « sentenza *inter alios* », ad « un provvedimento cioè « del magistrato dato in legittimo contraddittorio delle parti ». « Tale « non può certo dirsi — continua la sentenza — il decreto per in- « giunzione pronunciato *inaudita altera parte*, e quindi da conside- « rarsi un provvedimento *sui generis*, quasi un atto di volontaria « giurisdizione; e se l'art. 6 dell'invocato r. decr. 24 luglio 1922, n. 1036 « gli dà forza di sentenza spedita in forma esecutiva, è al solo scopo « d'imprimergli forza idonea ad accendere l'ipoteca giudiziale ». Ho riportato per intero questo passo della sentenza annotata, perché credo difficile riunir in un minor numero di parole un maggior numero di affermazioni inesatte.

Dire che l'ingiunzione emanata nel procedimento monitorio sia da parificarsi a un atto di ingiunzione volontaria, è tale un errore, che mi parrebbe tempo perduto rimettermi qui a confutarlo: mi limito a richiamare quanto ebbi altra volta a scrivere sull'argomento (1), e a deplorare che sulla vera natura giuridica del procedimento monitorio certa giurisprudenza non abbia ancora raggiunto la desiderabile chiarezza di idee, se insiste in affermazioni eretiche come questa o, come quella — ripetuta anche in decisioni recenti — che considera il procedimento monitorio, o almeno certe forme di esso stabilite a favore della pubblica amministrazione, come una fase del processo esecutivo. Lasciando dunque da parte la giurisdizione volontaria, che qui proprio non c'entra, neppure occorrono molte parole per rilevare come sia errore anche più meraviglioso il considerare ristretta al solo effetto della iscrizione della ipoteca giudiziale la forza esecutiva che la ingiunzione non opposta in termine acquista secondo l'art. 6 del decr. 24 luglio 1922; tutti sanno — fuorché il Tribunale di Potenza! — che il procedimento monitorio è stato proprio introdotto coll'ufficio specifico di creare celermente un titolo esecutivo, cioè un accertamento giurisdizionale che apra al creditore l'esecuzione forzata contro il debitore: l'iscrizione dell'ipoteca ha carattere cautelare ed accessorio, ma il vero scopo ultimo della ingiunzione è la esecuzione, della quale la ipoteca è garanzia e strumento (2). È mortificante dover ripetere, come se fossero novità, queste risaputissime nozioni istituzionali; ma è indispensabile ripeterle a chi sembra non averle ancora appresel

---

(1) Cfr. il mio volume *Il proc. mon. nella legislazione italiana* (Milano, 1926), pag. 21 e segg. [ora in questo volume delle *Opere*, pag. 32 e segg.].

(2) *Ibidem*, pag. 24 e segg. [e, in questo volume, pag. 36 e segg.].

3. — Il problema della ammissibilità della opposizione di terzo contro la ingiunzione si riduce dunque, per chi non si perda a rimettere in discussione i principî elementari, ad esaminare se costituisca un ostacolo insuperabile a tale ammissione la diversità meramente formale che passa tra la ingiunzione e la sentenza opponibile di terzo di cui parla l'art. 512 Cod. proc. civ. Diversità meramente *formale*, ho detto: chè, in quanto al contenuto, tra la condanna a pagare pronunciata mediante sentenza e l'ordine di pagamento pronunciato mediante ingiunzione non c'è, né agli effetti dell'accertamento del debito, né agli effetti della sua esecuzione forzata, alcuna differenza. Né costituisce una differenza di contenuto il fatto che la ingiunzione sia ammessa *inaudita altera parte*, mentre la sentenza è di solito pronunciata in seguito a regolare contraddittorio: l'accertamento contenuto nella ingiunzione passata in giudicato per mancata opposizione del debitore ha la caratteristica di esser basato su una preclusione anziché su una libera valutazione di risultati probatorî; ma non cessa per questo di essere un accertamento, come non cessa di esserlo la sentenza resa in contraddittorio, che si basi sulla *ficta confessio* dell'art. 218 Cod. proc. civ. D'altra parte, anche senza effettivo svolgersi di contraddittorio si può formare il giudicato nel processo ordinario contumaciale: perché la mancanza di contraddittorio dovrebbe alterare la natura giurisdizionale della ingiunzione, quando si sa che nel processo monitorio si verifica, in sostanza, una forma di contumacia provocata ed anticipata? (3). Se la mancanza di contraddittorio fosse un ostacolo insuperabile all'ammissione della opposizione di terzo, bisognerebbe, per esser coerenti, ritener che contro la sentenza resa in contumacia e passata in giudicato per mancanza di opposizione contumaciale, il creditore non possa esperimentare il rimedio dell'art. 512: ma credo che a questa conclusione non sarebbe disposto ad arrivare neppure il Tribunale di Potenza!

Dunque, ripetiamo, tutta la questione si aggira intorno alla diversità formale ed esteriore che passa tra quel provvedimento giurisdizionale che si chiama *sentenza* e quel provvedimento ugualmente giurisdizionale che si chiama *ingiunzione*: può bastare tale diversità meramente esterna dei due provvedimenti a escludere per questo il rimedio della opposizione di terzo che la legge ammette per quello? E se si dimostri che la opposizione di terzo, ammessa dalla legge contro la sentenza, mira a tutelare il terzo contro i danni che gli possono derivare da una sentenza non in quanto questa abbia la forma di sentenza, ma in quanto abbia la sostanza di un accertamento

(3) Cfr. anche qui il mio volume *Il proc. mon.*, cit., pag. 32 e segg. [e, in questo volume, pag. 44 e segg.].

giurisdizionale *inter alios*, si dovrà negare al terzo ogni rimedio di fronte a un provvedimento che, sotto diversa forma, ha lo stesso contenuto e la stessa attitudine a pregiudicare il suo interesse?

È noto che la opposizione di terzo è un rimedio con cui il terzo è tutelato contro il pregiudizio che può derivargli dalla cosa giudicata *inter alios*. Ma la efficacia di cosa giudicata, consistente nella indiscutibilità della esistenza della volontà concreta di legge affermata nella pronuncia del giudice (4), non è qualità esclusiva di quelle sole pronuncie che abbiano la forma di sentenza. « Ricondotta la cosa giudicata « alla sua semplice natura — insegna il CHIOVENDA (5) — e rammen- « tando che provvedimenti di merito possono talora esser presi anche « in forme diverse dalla sentenza, quali l'ordinanza e il decreto, sarà « facile intendere che anche un'ordinanza e un decreto può produrre « la cosa giudicata, e ciò accadrà quando da un simile provvedimento « divenuto definitivo rimanga affermata ed indiscutibile una volontà di « legge che garantisca un bene ad una parte di fronte all'altra ». È proprio il caso del decreto d'ingiunzione, quando sia divenuto definitivo per mancanza d'opposizione del debitore (6): giacché l'ingiunzione, quando abbia acquistato la definitività che le manca al momento della pronuncia, accerta in modo indiscutibile a favore del creditore l'esistenza del credito e il diritto di ricorrere alla espropriazione forzata per sodisfarlo.

Né si dica che l'opposizione di terzo non è sperimentabile contro la ingiunzione, perché questa in certi casi non acquista carattere di definitività neppur dopo il decorso del termine, dato che — per l'art. 11 del r. decr. 24 luglio 1922 — contro il decreto di ingiunzione non notificato in persona propria può il debitore fare opposizione anche dopo la scadenza del termine. Questa obiezione potrebbe tutt'al più portare a restringere la proponibilità dell'opposizione di terzo a quei soli casi (tra i quali rientra quello deciso dalla sentenza annotata) in cui la ingiunzione, essendo stata notificata al debitore in persona propria, è divenuta irrevocabile per il decorso del termine; ma, a pensarci bene, sembra che neppure tale restrizione sarebbe giustificabile: se la opposizione di terzo è ammissibile contro la sentenza tuttora soggetta ad appello ma provvisoriamente esecutiva (7), non c'è ragione di negarla contro la ingiunzione divenuta esecutiva per il decorso del termine, ma ancora revocabile per impugnativa fuori termine in base al ricordato art. 11. L'ingiunzione ancora impugnabile

---

(4) CHIOVENDA, *Principii*, § 78, I.
(5) Id., pag. 916.
(6) Id., nota 1 a pag. 916; pag. 216; pag. 1195.
(7) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1011.

fuori termine secondo la disposizione dell'art. 11 ha infatti tutti i caratteri di una sentenza provvisoriamente eseguibile in pendenza dell'appello (8); e non dev'essere altrimenti trattata.

4. — Resta un'ultima difficoltà, dietro la quale sembra essersi pigramente trincerata la sentenza del Tribunale di Potenza: la difficoltà testuale, derivante dal fatto che gli artt. 510 e segg. Cod. proc. civ., che disciplinano la opposizione del terzo nelle sue due forme, ne parlano come di un rimedio esperimentabile contro la « sentenza ». Ora siccome la ingiunzione, nonostante la identità sostanziale che essa ha colla sentenza di condanna, formalmente non è una sentenza ma è un decreto, non si può introdurre una opposizione di terzo contro la ingiunzione, se non a prezzo di violare apertamente il preciso disposto della legge.

Non mi dissimulo la importanza di questa obiezione; ma credo che nel nostro caso ogni più cauto interprete possa trovare con perfetta tranquillità di coscienza la via per estendere anche alla ingiunzione il rimedio della opposizione di terzo, senza per questo tradire la legge. Credo che a ciò si possa giungere, anche senza scomodare l'analogia, colla semplice interpretazione logica: se, infatti, ripensiamo a quanto si è detto poco fa sullo scopo della opposizione di terzo — che è quello di dare al terzo un rimedio contro il pregiudizio che può derivargli da un accertamento giurisdizionale reso *inter alios* — è facile intendere che gli artt. 510 e segg. quando per designar l'oggetto di questa impugnativa adoperano la parola « sentenza », non prendono tanto in considerazione la forma esteriore del provvedimento, quanto la sostanza di accertamento giurisdizionale atto a passare in giudicato, che nella massima parte dei casi è contenuta in quella forma. La parola « sentenza » adoprata negli artt. 510 e segg. del Cod. proc. civ. può dunque interpretarsi, data la particolare finalità della opposizione di terzo, nel senso di « accertamento giurisdizionale atto « ad acquistare efficacia di cosa giudicata sostanziale »: con che non si esce dalle regole di quella figura che i retori chiamano in sineddoche, quando si attribuisce alla specie « sentenza » la funzione di designare il genere « accertamento » (9). Ora, se questa interpretazione estensiva è lecita, si giunge inevitabilmente per essa ad ammetter la opposizione del terzo anche contro la ingiunzione, che nel genere « accertamento » rientra senz'alcun dubbio, come sopra si è visto. E non varrebbe in

---

(8) Cfr. il mio volume *Il proc. mon.*, pagg. 119-120 [e, in questo volume pagg. 133].

(9) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, I, pag. 342.

contrario addurre che nel 1865, quando gli artt. 510 e segg. furono formulati, il legislatore non poteva intenzionalmente estendere il rimedio della opposizione di terzo a una forma di accertamento giurisdizionale — qual'è l'ingiunzione introdotta dal r. decr. 24 luglio 1922 — che era sconosciuta alla legislazione allora vigente: a siffatta obiezione si potrebbe facilmente replicare che la più recente dottrina non respinge neppure per il diritto processuale la interpretazione cosiddetta progressiva (10).

Del resto, quand'anche si ritenesse che al risultato da me sostenuto non si possa pervenire con la semplice interpretazione logica, indubbiamente vi si potrebbe pervenire coll'analogia. Dall'art. 512, contenente la regola particolare secondo la quale il creditore di una delle parti può opporsi contro la sentenza che sia effetto di dolo o collusione a suo danno, si può risalire alla regola generale, da esso presupposta, che il creditore di una delle parti può opporsi contro qualsiasi accertamento giurisdizionale che, avendo origine fraudolenta, possa costituire per lui un pregiudizio. Da questa regola generale si ridiscende al caso speciale della ingiunzione, per formulare in relazione ad esso un'altra norma particolare analoga a quella dell'art. 512, basata sull'*eadem ratio*. Questo procedimento analogico è lecito anche nell'interpretazione delle leggi processuali (11); né mi pare che, trattandosi di estendere la proponibilità di un mezzo di impugnativa oltre i casi espressamente previsti dalla legge, l'analogia incontri qui un ostacolo nell'art. 4 delle disp. preliminari.

Altrimenti, poiché non sarebbe tollerabile che il terzo restasse sprovvisto d'ogni rimedio contro la ingiunzione che così agevolmente può diventare strumento di frode, bisognerebbe ammettere che contro la ingiunzione il terzo, non potendo esperimentare l'opposizione di che all'art. 512 Cod. proc. civ., potesse agire colla ordinaria pauliana dell'art. 1235 Cod. civ. Così insegna il CHIOVENDA (12) per quei casi « dove manca una norma espressa che disciplini l'opposizione di terzo, « come nel campo delle sentenze arbitrali »; ma io ritengo che, almeno per quanto riguarda l'ingiunzione, il procedimento analogico si possa compiere con tragitto più breve e più agevole dall'art. 512, regolante un caso di revocatoria di un accertamento giurisdizionale, che non dall'art. 1235 che si riferisce alla revoca di negozî (« atti ») posti in essere fuori del giudizio.

---

(10) *Ivi*, pag. 345 e segg.

(11) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 331; CARNELUTTI, *Lezioni*, I, n. 67; cfr. anche ROCCO ALFR., *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Arch. giur.*, 1906.

(12) *Principii*, pag. 1015.

5. — La erroneità della prima massima mi pare indubitabile: ci resta ora da dimostrare come erronea del pari — e forse di più! — sia la seconda massima che nega al creditore il diritto di valersi del disposto dell'art. 1234 Cod. civ. per fare opposizione alla ingiunzione in *luogo del debitore.*

Notiamo intanto, anche perché la sentenza annotata non sembra distinguere molto chiaramente le due questioni, che la opposizione di cui parliamo qui non ha niente a che vedere colla opposizione del terzo di cui si è parlato precedentemente. Finora si discuteva di quello speciale mezzo di impugnativa che l'art. 512 Cod. proc. civ. concede *ex iure proprio* a chi abbia la qualità di terzo, quando il provvedimento impugnato sia effetto di dolo o di collusione delle parti: ora si esamina invece se, in virtù dell'art. 1234, possa il creditore, *ex iuribus debitoris* e nell'inerzia di questo, proporre contro la ingiunzione notificata al medesimo quella opposizione che gli artt. 8 e 11 del r. decr. 24 luglio 1922, n. 1036 consentono al debitore, e che, almeno nel caso dell'art. 8, non ha la natura di un mezzo di impugnativa ma è piuttosto un mezzo per impedire che si formi a carico del debitore la preclusione e quindi il giudicato. La questione, in verità, non sembra molto difficile: e poiché, all'infuori della qualità di creditore, nessuna condizione speciale è richiesta dalla legge per questa sostituzione, sembra che nel caso nostro il Tribunale avrebbe dovuto limitarsi ad accertare se a favore del debitore sussistessero quelle condizioni alle quali il r. decr. 24 luglio 1922 subordina la proponibilità della opposizione (in particolare se non fosse ancora decorso il termine, come appunto nel caso nostro non era) per poi senz'altro, in caso affermativo, ammettere il creditore ad opporsi in luogo del debitore.

Il Tribunale di Potenza è giunto invece alla conclusione opposta, per due ragioni: 1°) perché, di fronte « alla precisa e tassativa dizione » degli articoli del r. decr. 24 luglio 1922, « in cui si parla unicamente « di debitore e di diritto spettante a questo di opporsi al decreto nei « termini stabiliti, *è vano discutere* »; 2°) perché « il diritto di fare « opposizione al decreto per ingiunzione è strettamente inerente alla « persona del debitore, non esercitabile senza il consenso di lui, ed è « compreso, quindi, fra quelli che l'art. 1234 Cod. civ. esclude dal « novero di quei diritti che possono essere esercitati dai creditori ».

A questa sorta di ragionamenti, — per i quali è lecito ripetere il dantesco « e se non piangi, di che pianger suoli? » — non sarebbe serio contrapporre una lunga confutazione: è proprio il caso di ripetere, aderendo su questo punto alla opinione della sentenza annotata, che... *è vano discutere*! Ci limitiamo a pochissime osservazioni.

In quanto al primo argomento (dizione della legge, la quale non prevede altra opposizione all'infuori di quella proposta dal debitore),

esso ha semplicemente il difetto di cancellar dal codice l'art. 1234. Se non ci fosse quest'articolo, è chiaro che nel silenzio della legge l'opposizione all'ingiunzione, come qualsiasi altra azione spettante al debitore, non potrebbe esser proposta che dal debitore in persona; ma siccome fino a prova in contrario esiste la norma dell'art. 1234 che consente in generale al creditore di esercitare « tutti i diritti e « tutte le azioni del debitore », così tutte le norme particolari che creano un diritto nel debitore, debbono sempre essere integrate dall'interprete col riferimento all'art. 1234, la cui disposizione, anche se non è esplicitamente richiamata, deve intendersi sempre sottintesa. Troppo esigerebbe il Tribunale di Potenza dal legislatore, se questo, ogni volta che stabilisce una nuova norma, dovesse esplicitamente richiamare le migliaia di altre disposizioni precedenti, in armonia colle quali la nuova norma dev'essere interpretata!

In quanto al secondo argomento, è così peregrino e specioso, che non si sa da che parte rifarsi per confutarlo. Il diritto di fare opposizione alla ingiunzione sarebbe « esclusivamente inerente alla persona « del debitore », come l'azione per fare annullare il matrimonio o l'azione per disconoscimento di paternità?! Affermazioni come questa non si confutano: si ammirano! È noto che le azioni nell'esercizio delle quali non è ammesso che al titolare si sostituisca il suo creditore, sono quelle, concernenti i diritti di famiglia o i diritti di personalità, attraverso le quali è inconcepibile che il terzo creditore possa tutelare un suo interesse pecuniario; mentre tutte le volte in cui l'azione, sia pur riferendosi a diritti « esclusivamente inerenti alla persona del « creditore », possa portare ad effetti di carattere patrimoniale, si ammette a questi effetti la sostituzione del creditore al debitore inattivo (cfr. artt. 949, 1422 Cod. civ.) (13). Ora, se c'è un caso tipico di azione esclusivamente patrimoniale, è quello dell'azione di condanna che si fa valere attraverso il procedimento per ingiunzione; se c'è un caso tipico in cui il creditore ha un interesse pecuniario a sostituirsi al debitore, per evitare che la inerzia del debitore faccia accrescere le difficoltà di veder sodisfatto il suo credito, — è quello della opposizione alla ingiunzione, mediante la quale il creditore può impedire il formarsi di un giudicato che diminuerebbe il patrimonio del suo debitore, e quindi le garanzie del suo credito.

Né sarebbe argomento serio per negare la applicazione al caso nostro dell'art. 1234 l'osservare che, se questo articolo consente ai creditori di surrogarsi nelle azioni del debitore, il diritto di fare opposizione alla ingiunzione non può considerarsi un'azione nel senso

---

(13) Cicu, *Il diritto di famiglia*, pag. 272.

proprio della parola. È evidente — e nessuno ne ha mai dubitato — che, quando nell'art. 1234 si parla di « azioni », questa parola è adoprata in un senso generico e approssimativo che comprende non solo l'azione propriamente detta, ma anche tutte le facoltà processuali che le parti in causa hanno per chiedere l'attuazione giudiziaria del proprio diritto o per difendersi dalla domanda avversaria: prova di ciò, l'art. 2112, che esplicitamente ammette il creditore a far valere l'eccezione di prescrizione non opposta dal debitore. Dal resto è *ius receptum* che « la sostituzione processuale non è necessariamente « estesa all'intero processo » (14) e che può avvenire durante la lite; tantoché non si dubita che il creditore possa, in virtù dell'art. 1234, impugnar la sentenza pronunciata contro il debitore (15). È vero che l'opposizione contro la ingiunzione non ha, come si è detto, la natura di un mezzo di impugnativa; ma poiché essa mira, durante il corso del procedimento monitorio, a impedire, coll'apertura di una nuova fase processuale in contraddittorio, il formarsi del titolo esecutivo contro il debitore, valgono per essa le stesse ragioni che hanno portato dottrina e giurisprudenza a ritener concordemente che il creditore possa appellare dalla sentenza emanata contro il debitore, sostituendosi a quello nella fase processuale d'appello.

---

(14) Chiovenda, *Principii*, pag. 601.
(15) Id., pag. 601 e note; e pag. 1011.

VII

SUI POTERI DELL'UFFICIALE GIUDIZIARIO DI FRONTE AL RIFIUTO DEL DEBITORE DI LASCIAR ASPORTARE PER LA VENDITA I MOBILI PIGNORATI (*)

1. — Giova, prima di affrontare la questione di massima che ha dato luogo alla controversia presente, rilevare preliminarmente come nel nostro caso manchino assolutamente gli estremi di legge per l'esperimento di un'azione di danni contro il Comparente. Il fatto, nel quale si sarebbe concretata la responsabilità civile dell'ufficiale giudiziario Formiggini, incaricato di procedere alla vendita del pianoforte pignorato presso i debitori Morfini, è così riferito nella comparsa conclusionale dell'avv. Ricciulli: « Presentatosi in detto giorno il custode del « pignoramento per ritirare il pianoforte a persona familiare dei « coniugi Morfini, gli venne opposto reciso rifiuto alla consegna; ed « il custode credette di aver adempiuto all'obbligo suo riferendo il « fatto all'uff. giud. incaricato della vendita, *il quale ritenne di non « poter fare altro che denunziare i coniugi Morfini per la violazione « dell'art. 203 Cod. comm. penale* ». E più avanti, nella stessa comparsa, come già nell'atto di citazione, si chiede la condanna del Com-

---

(*) [Pubblicato in *Il Foro toscano*, a. II, 1927, pagg. 124-130, in nota alla sentenza del Pretore di Firenze, 8 febbraio 1927, Ricciulli c. Morfini e Formiggini, così massimata: « L'ufficiale giudiziario non incorre in alcuna responsabilità se, « essendo incerto sui limiti dei poteri conferitigli dal titolo esecutivo, si astiene « dal procedere, in attesa che il suo dubbio sulla interpretazione da darsi a una « norma di legge sia chiarito dall'autorità giudiziaria. Il provvedimento del pretore « che ordina la vendita degli oggetti pignorati, attribuisce all'ufficiale giudiziario « delegato i poteri necessari per rimuovere tutte le difficoltà che si frapponessero « eventualmente ad un rapido conseguimento della finalità individuata nel titolo « esecutivo. Pertanto, nel caso di mancato trasporto dei mobili da parte del cu- « stode nel luogo stabilito per la vendita, l'ufficiale giudiziario deve provvedere « direttamente alla esecuzione di tale trasporto ed in tempo utile per l'espleta- « mento della vendita a lui affidata ». La nota riproduce integralmente la memoria defensionale redatta da P. CALAMANDREI per l'uff. giud. Formiggini]. [*Bibliografia*, n. 142].

parente « per la colpa o l'imperizia dimostrata nell'interpretazione dello « spirito della legge ». Da questi passi della comparsa dell'avv. Ricciulli si rileva dunque che la colpa del Comparente sarebbe consistita: 1°) nella inerzia da lui mantenuta di fronte al rifiuto dei debitori di consegnar al custode l'oggetto pignorato; 2°) nell'errore di interpretazione giuridica da lui commesso, ritenendo di non avere, di fronte a tale rifiuto, altro potere che quello di denunziare penalmente i debitori.

Ma l'uno e l'altro motivo sono di per sé stessi insufficienti a configurare a carico del Comparente una colpa qualsiasi.

2. — Per il primo addebito, in tanto l'inerzia dell'ufficiale giudiziario potrebbe esser considerata come una colpa, in quanto l'ufficiale giudiziario avesse avuto nel caso concreto il dovere di compiere quell'attività che non ha compiuto. Ma nel nostro caso tale dovere non esisteva; infatti il dovere degli ufficiali giudiziarî di procedere agli atti loro demandati non può derivare che da una di queste cause: o da specifica richiesta delle parti interessate, o da specifico ordine dell'autorità giudiziaria (Testo org. 28 dicembre 1924, n. 2271, art. 1); e siccome nel nostro caso il Comparente né ricevè ordine specifico dall'autorità giudiziaria di ottenere anche colla forza la consegna dei mobili pignorati, né fu specificamente richiesto dall'avv. Ricciulli di adoperarsi colla forza per tale consegna, non si può oggi far carico all'ufficiale per non aver compiuto di sua iniziativa un atto *che egli di sua iniziativa non poteva compiere* e che avrebbe potuto compiere soltanto in seguito a domanda da parte o a ordine del giudice. Queste considerazioni trovano una conferma nell'art. 128 dello Testo organico, secondo il quale « gli ufficiali giudiziari non possono ricusare il loro « ministero, *quando ne siano richiesti*, sotto pena della sospensione, « oltre il risarcimento dei danni ed interessi verso chi di ragione »; anche se si ritiene, come sembra preferibile (cfr. Cass. Roma, 25 giugno 1923, *Foro it.*, 1923, II, 326), che l'azione di danni per omissione di atti d'ufficio non sia sottoposta, quando è diretta contro un ufficiale giudiziario, alla formalità delle due istanze prescritte dall'art. 784 Cod. proc. civ. a chi voglia esercitar l'azione civile contro i giudici e gli ufficiali del pubblico ministero, l'art. 128 surriportato dimostra che in tanto l'ufficiale giudiziario può esser responsabile per aver ricusato il suo ministero, in quanto l'atto da lui non compiuto gli sia stato esplicitamente richiesto dalla parte interessata. La semplice inattività, la semplice mancanza di iniziativa, non può nel caso nostro costituire, di per sé stessa, violazione dei doveri d'ufficio e fondamento di responsabilità civile.

3. — Sembra d'altro lato evidente che non si può in alcun modo fondare un'azione per danni contro un ufficiale giudiziario sull'asserto motivo che egli, nell'esercizio delle sue funzioni, abbia per imperizia malamente interpretato la legge. È noto che l'azione civile contro i giudici, ai quali pure spetta l'ufficio specifico di interpretare la legge per applicarla ai casi concreti, può fondarsi soltanto sul « dolo, frode « o concussione », non mai sulla colpa, anche se grave, né sull'errore, anche se grossolano (art. 783 Cod. proc. civ.). Una disposizione analoga non esiste a favore degli ufficiali giudiziari, ma basta il buon senso a fare intendere che l'ufficiale giudiziario, il quale prima di iniziare qualsiasi atto di esecuzione ha il dovere di accertarsi se esiste un titolo esecutivo che tale atto autorizzi, non può essere in alcun modo imputabile se, trovandosi di fronte a un dubbio di interpretazione di legge in relazione all'esistenza ed ai limiti del titolo esecutivo, si astenga dall'agire e attenda che il suo dubbio sia chiarito dalla decisione del giudice. « Quando è rivolta a un organo esecutivo « una domanda d'esecuzione, — insegna il CHIOVENDA, *Principii*, « pag. 243 — l'organo esecutivo deve d'ufficio esaminare *se esista* « un titolo esecutivo: un certo grado di cognizione è affidato anche « al più modesto organo esecutivo (l'ufficiale giudiziario): e se un « titolo esecutivo non appare esistente, l'atto esecutivo deve essere « rifiutato, come è rifiutata la sentenza favorevole se manca l'azione ». E più avanti (pag. 450): « Le attribuzioni dell'usciere cessano di « essere autonome, appena egli dubita... Accanto e sopra l'usciere sta « sempre il giudice ».

Nel nostro caso, dunque, non può esser fatto carico al Comparente di aver esaminato se il titolo esecutivo gli dava i poteri necessarî per asportare colla forza i mobili pignorati, dato che questo esame preliminare del titolo esecutivo è non solo un diritto ma un dovere di ogni ufficiale giudiziario procedente; né può essergli fatto carico, di fronte al dubbio insorto sulla interpretazione da darsi alla legge, di aver atteso che tale interpretazione fosse stabilita dal giudice competente, cioè dall'unica autorità che ha il potere e il dovere di non fermarsi dinanzi alla oscurità delle disposizioni da applicare.

Lo stesso codice penale, quando punisce come reato il fatto del pubblico ufficiale che omette o rifiuta di fare un atto del proprio ufficio, adducendo il silenzio, l'oscurità o la contraddizione della legge (art. 178), richiede espressamente che questa pretesa difficoltà di interpretazione della legge sia « *un pretesto* », e che pertanto il rifiuto o l'omissione abbiano carattere doloso. Ma nel caso nostro, che la addotta oscurità della legge non fosse un pretesto è dimostrato, se pur ve n'è bisogno, dalla stessa comparsa dell'attore, il quale riconosce che « la questione è annosa e non fu ancora risolta », e che la inter-

pretazione che a suo avviso è la vera, è quella contraria « al sistema « corrente »; né si può fare a meno anche di osservare che se il Comparente, difronte alla pratica ormai stabilita in senso contrario a quello oggi sostenuto dall'avv. Ricciulli, avesse di sua testa e senza attender la pronuncia del giudice, adoprato la forza per vincere il rifiuto dei debitori Morfini, egli avrebbe rischiato di incorrere davvero in una grave responsabilità penale per violazione di domicilio (art. 158).

Sicché, concludendo su questo punto, si può sicuramente ritenere che il Comparente, astenendosi dal compiere atti coercitivi per vincere il rifiuto dei debitori Morfini a consegnare i mobili pignorati, non solo non sia incorso in alcuna colpa, ma si sia dimostrato anzi pienamente consapevole dei limiti che la legge pone ai poteri degli ufficiali giudiziarî, e del dovere che ad essi incombe di rimettersi, per la risoluzione di ogni dubbio, alla parola del giudice.

4. — Dimostrato così come sia infondata — qualunque sia per essere la decisione che l'ill.mo sig. Pretore vorrà adottare nella decisione di massima — ogni accusa di negligenza contro il Comparente, resta ora da fare un breve esame delle ragioni addotte dall'attore a sostegno della sua tesi, e una serena ed obiettiva rassegna degli argomenti che si possono portare pro e contro la medesima.

Partendo dalla premessa, incontroversa, che nel nostro codice di procedura civile non esista alcuna disposizione letterale la quale determini quali sono i poteri dell'ufficiale giudiziario di fronte al rifiuto del debitore di consegnare i mobili pignorati, l'attore ritiene che alla soluzione da lui sostenuta si possa giungere attraverso una complessiva valutazione razionale dello spirito che informa nel suo generale svolgimento il sistema della esecuzione sui mobili, nonché ad ogni modo attraverso l'applicazione analogica delle disposizioni che regolano l'esecuzione per consegna di mobili (art. 742 e segg. Cod. proc. civ.). Esaminiamo separatamente il fondamento di questi due espedienti ermeneutici, cominciando dal secondo — quello dell'analogia *ex* art. 742 — che ci sembra il più debole.

5. — Per sostenere l'applicazione analogica al caso nostro degli art. 742 e segg. Cod. proc. civ., bisogna necessariamente dare come già risolta la questione che qui si tratta di risolvere. Infatti gli art. 742 e segg., dettati per la esecuzione forzata della consegna dei beni mobili (e in casi analoghi l'art. 746 per il rilascio di beni immobili, l'art. 923 per il sequestro giudiziario, l'art. 930 per il sequestro conservativo) fissano quali sono i poteri dell'ufficiale giudiziario, munito di un titolo esecutivo che espressamente e specificatamente ordini alla parte condannata *di consegnare determinati mobili.* Quando nel titolo

esecutivo c'è questo specifico ordine di consegnare cose determinate, l'ufficiale giudiziario può *in esecuzione di questo ordine* ricorrere alla forza per ottener la consegna anche contro la volontà dell'obbligato: quella stessa disposizione dell'art. 596, che nella esecuzione sui beni mobili autorizza l'ufficiale giudiziario a valersi della forza per eseguire il pignoramento, è espressamente richiamata nell'art. 742 (e così nell'art. 746, è mediatamente negli artt. 923 e 930); e il valore di tale richiamo è nient'altro che questo: che quelli stessi poteri coercitivi che per l'art. 596 l'ufficiale giudiziario ha nel compimento di quella misura esecutiva che si chiama pignoramento, gli spettano, in forza del capoverso dell'art. 742, per il compimento di quell'altra misura esecutiva che è la consegna forzata di beni mobili.

Ma tutto questo non ha niente a che fare colla questione che qui si tratta di risolvere. Se fosse dimostrato che nel titolo esecutivo di condanna al pagamento di una determinata somma, cioè nel titolo esecutivo che apre l'adito alla comune esecuzione forzata sui mobili, fosse esplicitamente o implicitamente compreso l'ordine al debitore di consegnare determinati mobili, non v'ha dubbio che nell'esecuzione forzata di questo ordine dovrebbero intendersi applicabili, in mancanza di altre disposizioni, le modalità dettate dall'art. 742. Ma se tale dimostrazione non è data, essa non può certamente desumersi, senza cadere in una petizione di principio, dall'art. 742; la cui applicazione analogica può tutt'al più portare a ritenere applicabili le modalità da esso dettate a tutti i casi in cui il titolo esecutivo contenga l'ordine al debitore di consegnare per qualsiasi causa determinati oggetti, ma non già a far ritenere che, per il solo fatto dell'esistenza dell'art. 742, debba senz'altro in un titolo esecutivo contenente la condanna al pagamento di una determinata somma intendersi implicito l'ordine, che ha contenuto e scopi ben diversi, di consegnare cose determinate!

D'altra parte, anche se l'art. 742 potesse dare argomenti di analogia per risolvere la questione qui controversa, sembra che l'applicazione analogica dovrebbe ritenersi in questo caso vietata in forza dell'art. 4 dispos. preliminari, secondo il quale non si estendono oltre i casi espressi le leggi « che restringono il libero esercizio dei diritti ». Il diritto che ha il proprietario alla libera disponibilità delle cose proprie, il diritto alla inviolabilità del domicilio possono essere sospesi da espresse e precise norme di legge; non da pericolose estensioni analogiche, che agevolmente si presterebbero a giustificare ogni arbitrio.

6. — Escluso quindi che alla soluzione sostenuta dall'attore si possa giungere attraverso l'applicazione analogica dell'art. 742 e delle altre norme regolanti casi in cui l'ufficiale giudiziario procedente è

munito di un titolo esecutivo che ordina la consegna o il rilascio di cose determinate mobili o immobili, guardiamo se alla stessa soluzione non si possa giungere tenendo presente i caratteri fondamentali e lo scopo principale ed ultimo della esecuzione forzata sui mobili. E sembra che da questo secondo punto di vista gli argomenti addotti dall'attore siano meritevoli di attenta considerazione e possano essere sviluppati, soprattutto da un punto di vista teorico, più di quanto l'attore abbia fatto.

Un primo argomento a favore della tesi sostenuta dall'attore si desume dalla *natura giuridica del titolo esecutivo.* È noto che qualsiasi esecuzione forzata ha come necessario presupposto l'esistenza di un titolo esecutivo; cioè di un accertamento, incorporato in un documento, che consacri il diritto del creditore a ottenere dallo Stato una determinata prestazione esecutiva. Carattere fondamentale del titolo esecutivo è che l'azione esecutiva in esso incorporata « aspiri diret- « tamente alla sua meta, cioè all'atto esecutivo, *senza bisogno di altro « accertamento* » (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 243); in altre parole, se nel corso della esecuzione il debitore non si vale del diritto che in certi casi gli è consentito, di provocare un nuovo parziale accertamento su qualche punto mediante l'opposizione, il titolo esecutivo basta di per sé solo a raggiunger lo scopo che il creditore si propone, senza che lo svolgimento della esecuzione debba avere altre soste in nuovi giudizî di cognizione. Un'altra caratteristica dell'azione esecutiva è questa: « che mentre ogni altra azione è sodisfatta colla emanazione « del provvedimento a cui tende, essa non è sodisfatta coll'atto ese- « cutivo se non in quanto questo abbia procurato al creditore il bene « della vita a cui mira: se l'atto esecutivo è riuscito in tutto o in parte « infruttuoso, l'azione esecutiva sopravvive e tende a nuovi atti « esecutivi » (CHIOVENDA, ivi).

Orbene, da questi caratteri del titolo esecutivo messi in luce con tanta precisione dalla più autorevole dottrina, sembra doversi trarre questa conseguenza: che il titolo esecutivo, costituito da una sentenza di condanna al pagamento di una determinata somma, deve necessariamente, se la meta ultima a cui è destinato è quella del sodisfacimento del creditore mediante il ricavato dalla vendita dei beni del debitore, avere in sé la energia esecutiva necessaria *per superare tutte le tappe intermedie fino al raggiungimento della meta finale.* Il titolo esecutivo contenente condanna al pagamento di somma dà al creditore il diritto e all'ufficiale giudiziario il potere di arrivare fino al sodisfacimento forzato del credito attraverso tutta una serie di misure esecutive tra loro concatenate in rapporto di mezzo a fine: ora, se il creditore ha diritto di pretendere — per il solo fatto che è in possesso di un titolo esecutivo in suo favore — la misura esecutiva che rappre-

senta la conclusione di questa catena di atti tra loro coordinati, basta il semplice buon senso per far ritenere che egli abbia diritto di ottenere dallo Stato, senza bisogno di altri accertamenti intermedî, tutte le misure esecutive che di quella ultima costituiscono la preparazione e il presupposto. Non è supponibile pertanto che lo Stato, che col titolo esecutivo ha voluto garantire al creditore l'assistenza della forza pubblica per conseguire *il più*, cioè il pagamento sul ricavato della espropriazione, non abbia inteso di garantirgli nello stesso modo il conseguimento *del meno*, cioè di tutte le misure occorrenti per arrivare alla vendita dei beni espropriati. La stessa formula esecutiva (art. 556 Cod. proc. civ.) è concepita in termini così generali, che lasciano intendere come il comando di « mettere ad esecuzione » la condanna comprende il comando di eseguire tutti gli atti preparatorî necessari per giungere alla esecuzione completa; tra i quali rientrano indubbiamente nel caso nostro gli atti occorrenti per portare i mobili pignorati dalla casa del debitore al luogo della vendita. Il titolo esecutivo, che dà diritto al creditore di veder sodisfatto il suo credito col ricavato della vendita, gli dà naturalmente diritto di far eseguire la vendita, senza la quale il valore dei mobili non potrebbe esser trasformato in moneta; e gli dà *a fortiori* il diritto di far eseguire l'apprensione dei beni mobili senza la quale non potrebbe essere eseguita la vendita, che, come si è detto, è presupposto della realizzazione pecuniaria del loro valore. Se si ammette che quella specie di « provvista di potere esecutivo » che è rappresentata dal titolo esecutivo non si esaurisce in un solo procedimento di espropriazione, tutte le volte che questo resti totalmente o parzialmente infruttuoso, e possa servire in tal caso a ricominciare da principio un nuovo procedimento senza bisogno di un nuovo titolo, a maggior ragione questa stessa « provvista di potere esecutivo » deve bastare, senza bisogno di nuovi accertamenti del giudice, al compimento di tutti gli atti necessarî per portare il primo procedimento fino alla sua metà.

Né si dica che il titolo esecutivo che dà diritto al pagamento di una determinata somma, non può autorizzare l'ufficiale giudiziario a farsi consegnare colla forza i mobili pignorati, perché in questo titolo esecutivo l'ordine di consegnare i mobili non è espresso, come invece si trova espresso in quelli speciali titoli esecutivi che possono dar luogo alla esecuzione per consegna di mobili o per rilascio di immobili. A questa obiezione si risponde prima di tutto che il titolo esecutivo è concepito in termini generali e che è inutile andarvi a ricercare la espressa autorizzazione al compimento dei singoli atti preparatorî, che l'ufficiale procedente deve compiere, quando l'autorizzazione a compierli è evidentemente inclusa nell'ordine generico di portare l'esecuzione fino alla meta: tanto è vero che quantunque

nei titoli esecutivi per pagamento di somme non si trovi una espressa autorizzazione all'ufficiale giudiziario di *pignorare* i mobili del debitore, nessun ufficiale giudiziario ha mai pensato che questa mancanza di espresso richiamo al pignoramento nel titolo e nella formula esecutiva, potesse dispensarlo dall'eseguire il pignoramento commessogli! In secondo luogo si osserva che, nei casi dell'art. 742 e dagli altri procedimenti esecutivi appositamente limitati alla consegna di mobili o al rilascio di immobili, nel titolo esecutivo si fa espressa menzione della consegna o del rilascio perché qui la consegna o il rilascio costituiscono la meta ultima e finale dell'esecuzione. Ma nella esecuzione forzata sui mobili tale espressa menzione della consegna dei mobili pignorati sarebbe un sovrappiù, perché tale consegna in questa forma di esecuzione costituisce, come si è detto, non già la meta ultima del procedimento, ma solo una tappa intermedia del medesimo.

Insomma la pretesa di chi volesse che nel titolo esecutivo per pagamento di somma fosse espressamente menzionato il potere dell'ufficiale giudiziario di farsi consegnare colla forza dal debitore i mobili pignorati, assomiglierebbe alla pretesa di chi, acquistando a Firenze un biglietto ferroviario che gli dà diritto di viaggiare fino a Roma, si lagnasse perché dal biglietto non risulta il suo diritto di viaggiare fino a tutte le stazioni intermedie del percorso!

Tutto questo sembra indubbiamente esatto ed innegabile *da un punto di vista teorico*: se il titolo esecutivo costituisce una riserva, diremmo quasi una « carica » di energia sufficiente per portare l'esecuzione fino al suo scopo estremo, non si può ammettere che per superare l'ostacolo nascente dal fatto del debitore che illegalmente si oppone al trasporto dei mobili fuori dalla sua casa, l'ufficiale giudiziario abbia bisogno di attingere nuovi poteri da una nuova pronuncia del giudice, quando tutti i poteri a ciò necessarî si trovano già inclusi *in anticipo* nel titolo esecutivo originario. Il corso inesorabile della esecuzione iniziata col pignoramento non può arrestarsi per dar luogo a nuovi accertamenti giudiziali, se non nei casi in cui espressamente la legge ammette il debitore o i terzi a fare opposizione all'esecuzione; ma mentre la legge conosce una opposizione del debitore al precetto o al pignoramento o alla vendita (artt. 579, 580, 645 Cod. proc. civ.), non conosce una opposizione del debitore al trasporto dei mobili pignorati dalla sua casa al luogo della ordinata vendita. E quando si ammettesse che di fronte a una siffatta illegale resistenza del debitore, il corso della esecuzione dovesse esser sospeso in attesa che il competente Pretore ordinasse al debitore la consegna dei mobili, si verrebbe ad attribuire a questa opposizione *non contemplata e non permessa dalla legge* (tanto poco permessa che il codice penale la punisce come reato!) quella efficacia sospensiva della vendita

che la legge espressamente nega alle opposizioni da essa contemplate e permesse! D'altra parte il potere dell'ufficiale giudiziario di ricorrere alla forza tutte le volte in cui nel procedere all'esecuzione si trovi difronte a resistenze non previste come legittime cause di opposizione, è espressamente riconosciuto, con formula generale, dall'art. 576 Cod. proc. civ.

7. — Tuttavia queste ragioni che da un punto di vista teorico appaiono esattissime, trovano il loro contrappeso in ragioni di indole pratica, desunte, anziché dal concetto generale di titolo esecutivo e di esecuzione, dalle speciali modalità attraverso alle quali si svolge la esecuzione mobiliare nel nostro diritto.

Se la esecuzione sui mobili, dal suo inizio alla sua fine, fosse tutta quanta affidata a un unico ufficiale giudiziario che dovesse curarne sotto la sua responsabilità tutto lo svolgimento, la questione qui dibattuta non sarebbe neanche sorta. Ma la questione sorge, ed ha ragione di sorgere nella pratica, quando si consideri che, anche nel suo svolgimento normale, la esecuzione sui mobili si suddivide in una serie di fasi ben distinte, a ciascuna delle quali presiede o può presiedere un diverso organo giudiziario: si inizia col pignoramento, eseguito dall'ufficiale giudiziario a cui il creditore ne ha fatto domanda; segue un periodo in cui i mobili, in attesa della vendita, sono posti sotto la responsabilità del custode; poi viene emanato dal Pretore, a istanza del creditore, l'ordine di vendita; infine ha luogo la vendita, alla quale procede l'ufficiale giudiziario nominato dal Pretore, che può essere anche un ufficiale giudiziario diverso da quello che ha eseguito il pignoramento. Si tratta perciò di quattro persone tra le quali, in momenti successivi, si ripartiscono le varie funzioni inerenti alla esecuzione mobiliare: ed è appunto questo spezzettamento della procedura in più fasi, questa ripartizione di poteri e di responsabilità tra più soggetti che rende arduo stabilire in pratica quali siano le misure da prendere, ed a chi spetti prenderle, nel caso che il debitore rifiuti di lasciare asportare i mobili pignorati per la esecuzione della vendita.

8. — Si deve escludere innanzi tutto che un qualsiasi dovere di intervenire a rimuover l'ostacolo opposto dal debitore, esista nell'ufficiale giudiziario che ha eseguito il pignoramento. Questi ha infatti esaurito le sue attribuzioni colla chiusura del verbale di pignoramento e colla nomina del custode (artt. 597 e 599 Cod. proc. civ.).

Vi possono essere dei casi in cui, avvenuto il pignoramento, non segua la nomina del custode, o perché non sia stata possibile (art. 599 cpv.), o per la speciale natura delle cose pignorate (art. 604

cpv.): in questi casi, qualora l'ufficiale giudiziario voglia immediatamente asportare dalla casa del debitore le cose pignorate per depositarle nella cancelleria della Pretura, egli ha, per compiere contestualmente questo atto complementare del pignoramento, tutti i poteri che la legge gli attribuisce per la esecuzione del pignoramento stesso: sicché in questi casi, qualora il debitore si opponesse alla asportazione delle cose pignorate, potrebbe l'ufficiale giudiziario vincere la sua resistenza coi mezzi coercitivi previsti dall'art. 596.

Ma, all'infuori di questi casi eccezionali, avvenuta la nomina del custode, la responsabilità dei mobili pignorati passa per intero in questo: e il singolo ufficiale giudiziario che ha proceduto al pignoramento perde ogni personale ingerenza nella continuazione della procedura. Erronea ci sembra l'affermazione dell'attore che il custode si debba considerare come un *rappresentante* dell'ufficiale giudiziario: la verità è che all'ufficiale giudiziario la legge attribuisce soltanto il compito di nominare il custode in base a certi criterî dalla stessa legge fissati (artt. 599-601); ma, avvenuta la nomina, il custode *non rappresenta nessuno* (né l'ufficiale giudiziario, né, come altri ha sostenuto, il creditore pignorante) ed è nient'altro che un privato ed autonomo prestator d'opera che esercita temporaneamente una funzione pubblica di cui lo Stato, e per esso l'ufficiale giudiziario, lo ha investito (cfr. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, n. 154). Tanto poco si può considerare il custode come un rappresentante dell'ufficiale giudiziario che lo ha nominato, che, quando occorra la surrogazione del custode, deve provvedervi non già lo stesso ufficiale giudiziario che eseguì il pignoramento, ma il Pretore (art. 602 Cod. proc. civ.; cfr. anche art. 605); senza contare che sarebbe assurdo considerare le qualità di *depositario* attribuita dalla legge al custode, come una delega fatta dall'ufficiale giudiziario, il quale, tra le funzioni del suo ufficio, *non ha mai quella di depositario* (propria, casomai, del cancelliere)!

Ciò premesso, se in un momento successivo a quello in cui, eseguito il pignoramento, l'ufficiale giudiziario ha dato in consegna i mobili al custode, il debitore, nella cui casa si trovino i mobili pignorati, si opponga a che il custode eserciti sui mobili la dovuta vigilanza, o si rifiuti di aprirgli la porta, o vieti il trasporto dei mobili nel luogo della vendita, non sembra che in tutti questi casi il custode possa rivolgersi per averne man forte all'ufficiale giudiziario che eseguì il pignoramento, perché nessun vincolo di dipendenza o di rappresentanza passa tra il custode e quel determinato ufficiale giudiziario che lo nominò. Si potrebbe pensare, a primo aspetto, che durante il periodo in cui permane lo stato di pignoramento, l'ufficiale giudiziario che inizialmente vi ha proceduto resti competente, ogni qualvolta

il custode o il creditore lo richiedano, a intervenire in difesa del pignoramento posto in essere da lui, contro qualsiasi tentativo del debitore di menomare quello stato di indisponibilità dei mobili che del pignoramento è conseguenza; ma l'art. 602 già ricordato sembra esser la miglior dimostrazione che tanto il custode quanto il creditore non possono far altro, in queste ipotesi, che rivolgersi per i provvedimenti del caso al Pretore.

9. — Neppure è pensabile che il custode possa direttamente ricorrere alla forza pubblica per contrastare gli impedimenti che gli derivano dal debitore. Quantunque egli sia investito temporaneamente di una pubblica funzione (depositario per ordine della giustizia), egli resta tuttavia un privato; né, se si esclude che egli sia comunque il rappresentante dell'ufficiale giudiziario, è concepibile che egli possa esercitare per delega, in casi non espressamente contemplati dalla legge, quei poteri coercitivi che l'ufficiale giudiziario può esercitare soltanto nei casi previsti dalla legge.

10. — Resta dunque da esaminare soltanto un'ultima opinione (che è appunto quella sostenuta dall'attore avv. Ricciulli): che, cioè, qualora il custode si trovi di fronte al rifiuto del debitore di lasciar asportare i mobili dalla sua casa per trasferirli nel luogo della vendita, debba intervenire a rimuover l'ostacolo non l'ufficiale giudiziario che procedè al pignoramento, ma l'ufficiale giudiziario che è stato delegato dal Pretore per procedere alla vendita (art. 623).

Si è fatta questione se, applicando al custode delle cose pignorate la disposizione dell'art. 1876 Cod. civ., si possa ritenere che il custode abbia l'obbligo di trasportare le cose nel luogo trasportato per l'incanto; il MORTARA (*Comm.*, V, n. 149, pag. 232) nega quest'obbligo ed insegna che spetta all'ufficiale giudiziario incaricato della vendita curare che il trasporto venga eseguito: « l'ufficiale incaricato della « vendita deve dunque a spese del creditore istante provvedere per « il trasporto, a cui il custode deve prestarsi in due modi, cioè « coll'esibire le cose nel momento richiesto, onde siano trasportate, e « col vigilarle personalmente fin dopo avvenuta la vendita, perché la « sua responsabilità non subisce interruzione ». Ma comunque si risolva tale questione, essa non ha importanza decisiva nel nostro caso: quand'anche infatti si ritenesse, contrariamente al MORTARA, che il custode sia obbligato a trasportare i mobili pignorati nel luogo dell'incanto, è certo che quest'obbligo verrebbe meno in lui qualora egli si trovasse — come nel caso nostro si è trovato — di fronte al rifiuto del debitore di lasciare asportare i mobili. In un caso come questo il custode non potrebbe far altro che riferire all'ufficiale giudiziario

incaricato della vendita l'impossibilità in cui si è trovato di portare i mobili sul luogo dove la vendita dovrebbe seguire: e qui si ripresenterebbe appunto la questione dei poteri di questo ufficiale giudiziario, non già nei confronti del custode, ma *nei confronti del debitore che abusivamente si è opposto all'asportazione dei mobili.*

È questo il punto essenziale e decisivo di tutta la questione. L'ufficiale giudiziario delegato per procedere alla vendita si trova dinanzi a un provvedimento dell'autorità giudiziaria (art. 623) che gli ordina di procedere, in giorno, ora e luogo determinati, alla vendita di determinati oggetti pignorati. In questo ordine generico di procedere alla vendita deve intendersi inclusa l'autorizzazione di compiere gli atti indispensabili a che la vendita possa aver luogo, e quindi anche di adoprare la forza contro il debitore per asportar gli oggetti destinati alla vendita? Il sottoscritto difensore, nella imparzialità della sua indagine, inclina a rispondere in modo affermativo a tale domanda: dato che il titolo esecutivo ha in sé, come si è visto, l'autorizzazione generica al compimento di tutti gli atti necessarî per l'esecuzione dell'inizio alla fine; dato che la legge non riconosce al debitore la facoltà di opporsi all'asportazione dei mobili pignorati e di provocare su questo punto, con effetto sospensivo, un accertamento parziale del giudice; dato che nell'ordine di eseguire la vendita devesi intender razionalmente incluso l'ordine di compiere tutti gli atti preliminari e conseguenziali della medesima, il sottoscritto inclina a ritenere che proprio in virtù dell'ordine di vendita l'ufficiale giudiziario delegato al compimento della medesima abbia, nel caso in esame, il potere di adoprare, in conformità degli artt. 576 e 596, la forza contro il debitore. Ma il sottoscritto non si nasconde che contro questa opinione possono tuttavia, addursi obiezioni di una certa gravità, che son le seguenti: 1°) la natura della disposizione contenuta nell'art. 596, la quale per il già citato disposto dell'art. 4 disp. prel., richiede una *stricta interpretatio*: onde lo stesso MORTARA (vol. V. cit., pag. 225) insegna che « quando nell'esecuzione dell'atto nascessero difficoltà « nuove di carattere particolare, l'ufficiale giudiziario invece di ado- « prare la forza dovrebbe rimettersene alla decisione momentanea del « Pretore »; 2°) la lettera dell'art. 623, il quale, stabilendo che il Pretore, nell'ordinar la vendita, fissi *il luogo* dove questa deve avvenire, sembra voler escludere che l'ufficiale giudiziario possa, in conseguenza di questo ordine, esercitar le sue funzioni fuori di questo luogo, e quindi recarsi alla casa del debitore per asportarne i mobili pignorati; 3°) la disposizione dello stesso art. 623, secondo la quale il Pretore fissa l'*ora* in cui la vendita deve aver luogo: il che lascia intendere che se, all'ora fissata per la vendita, il custode, invece di portare i mobili nel luogo dell'incanto, si presenta ad avvertir l'ufficiale giu-

diziario che il debitore si oppone a lasciarli trasportare, non può l'ufficiale giudiziario allontanarsi dal luogo della vendita per andare alla casa del debitore, perché — anche se riuscisse così a farsi consegnare i mobili — potrebb'essere di ritorno solamente quando l'ora fissata per la vendita sarebbe da un pezzo trascorsa.

11. — In conclusione, mentre la soluzione della questione si presenterebbe assai facile e semplice al lume dei principî teorici, sorgono dalla incompletezza e dalla imperfezione della legislazione vigente in tema di esecuzione difficoltà pratiche di interpretazione tutt'altro che trascurabili. È veramente deplorevole che anche in questo caso tali difficoltà, abilmente sfruttate da patrocinatori che, confondendo la scienza processuale coll'arte del cavillo, si fanno chiamare « proceduristi », servano a favorire i debitori di malafede contro il creditore che reclama il sollecito sodisfacimento del suo diritto; ma d'altra parte non si può far carico agli ufficiali giudiziarî se essi, costretti per la stessa natura delle loro mansioni a considerar le disposizioni procedurali più nel dettaglio del loro funzionamento pratico che nel complesso del loro significato teorico, siano sempre disposti a preferire, nel dubbio tra due interpretazioni, quella più cauta e meno esposta ai rischi delle pericolose iniziative.

VIII

PUNTI DI VISTA PROCESSUALI (DOCUMENTI UMANI PER LA RIFORMA DEL PROCESSO ESECUTIVO) (*)

Il Pretore di Firenze si è trovato a dover decidere — ed ha assolto nel migliore dei modi l'ufficio suo — un caso che, a quanto mi si dice, si presenta frequentissimo non solo a Firenze, ma anche, e forse più, nei grandissimi centri giudiziarî come Roma, Napoli e Milano: il caso del debitore che, nel giorno stabilito per la vendita dei mobili pignorati lasciati presso di lui, impedisce al custode di asportarli fuori dalla casa in cui si trovano per trasportarli nel luogo ove dovrebbero esser venduti all'asta pubblica. Pare che di regola, in casi come questo, tutto si accomodi con una denuncia del debitore per violazione dell'art. 203 Cod. pen., la quale lascia i mobili dove si trovano; ma questa volta, nel caso che si è presentato alla Pretura fiorentina, le cose sono andate un po' diversamente dal solito, perché il creditore era un avvocato, il quale giustamente ha considerato che la denuncia penale sporta dall'ufficiale giudiziario contro il debitore restio non rappresentava, con tutto il rispetto per la legge, un equivalente pecuniario di quel pianoforte pignorato, che il debitore era riuscito a sottrarre in tal modo alla vendita giudiziale: sicché l'avvocato creditore, per rompere con una pronuncia di giudice questo andazzo ormai tollerato dagli ufficiali giudiziarî, ha citato dinanzi al Pretore l'ufficiale giudiziario incaricato della vendita, chiedendone la condanna ai danni per non essere intervenuto a vincere le opposizioni del debitore e a togliergli anche colla forza il mobile pignorato. Il Pretore consigliere De Santis in una bella sentenza (di cui ho pubblicato il testo con lunga nota nel *Foro toscano*, 1927, n. 3) ha respinto l'azione di danni proposta contro l'ufficiale giudiziario, ritenendo che non potesse farglisi carico d'essersi astenuto dall'agire, in un caso in cui dalla lettera della legge non risultava chiaro se ne avesse il dovere e il potere. Ma, pur assolvendo

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. IV, 1927, P. I, pagg. 145-150]. [*Bibliografia*, n. 145].

nella specie il convenuto, ha poi giudicato che la questione di massima dovesse esser risolta nel senso sostenuto dal creditore; nel senso cioè che spetti all'ufficiale delegato per la vendita provvedere in tempo utile a rimuovere gli ostacoli di ogni genere che si oppongono al trasporto dei mobili pignorati dalla casa del debitore al luogo stabilito per la vendita.

Trovo non solo rispondente allo spirito della legge, ma anche consona alla serietà della funzione giudiziaria ed ai suoi scopi sociali la decisione del Pretore fiorentino. Ma, poiché il fatto che ad essa ha dato luogo non costituisce soltanto un « caso elegante » sul quale i teorici possono divertirsi a costruire i loro pazienti giuochi di intarsio, ma costituisce sopra tutto un episodio interessante da un punto di vista sociale, in quanto ci apre uno spiraglio rivelatore su quelli che si potrebbero chiamare i « bassifondi » della giustizia civile, e ci dimostra in atto come certi « ambienti » possano reagire sugli istituti processuali fino a farli servire a scopi opposti a quelli per cui il legislatore credè di crearli, — penso che sarebbe assai istruttivo, per noi giuristi che assai volte pecchiamo per voler troppo credere ai codici e troppo poco alla vita, conoscere le ragioni da cui in questa vicenda giudiziaria sono stati mossi in realtà i vari soggetti in essa interessati. Se essi, come i personaggi delle commedie che hanno la bella abitudine di gridare per comodità del pubblico anche i pensieri che nella vita si tengono gelosamente nascosti, potessero esser costretti a esprimerci con sincerità il loro secreto, verrebbe fuori dal loro dialogo una specie di piccolo dramma, con molte venature ironiche e con qualche accenno sentimentale, che si potrebbe intitolare, trasportando nel campo della relatività processuale un titolo di sapore pirandelliano, « *Ciascuno a suo modo* » od anche « *Il giuoco delle parti* ».

* * *

I personaggi di questo malinconico giuoco scenico, ciascuno dei quali, all'infuori delle particolari circostanze del caso concreto, potrebbe rappresentare un di quei « tipi » che hanno infinite incarnazioni nella quotidiana realtà, dovrebbero esser almeno cinque: il creditore che vuol esser pagato, il debitore che non vuol pagare, l'ufficiale giudiziario che parla ma non agisce, il custode che non parla e non agisce, l'avvocato del debitore che parla, ohimè! più di tutti.

La commedia potrebbe aprirsi con un monologo del creditore, che, dopo tre anni di snervanti alternative giudiziarie, sente il bisogno di gridare alla terra ed al cielo la sua gioia per aver finalmente a suo favore un titolo esecutivo, rilasciato al nome del Re, contenente, insieme con molti bolli e molti svolazzi di firme, il comando solenne

alla forza pubblica di dargli man forte contro il debitore. Egli narra che ormai, in virtù di quel perfetto documento, i mobili del debitore sono stati pignorati e lasciati in casa del medesimo sotto la vigilanza di un oculato custode; e si proclama ormai certo di esser pagato, mediante la vendita all'incanto fissata per il giorno successivo.

A questa introduzione di tono lirico e trionfale, seguirebbe, sempre alla vigilia della vendita dell'incanto, un serrato dialogo tra il debitore ed il suo avvocato (un di quegli avvocati cosiddetti « proceduristi », che stanno agli studiosi di diritto processuale come i ciarlatani di piazza stanno al medico). Esprimerebbe il primo con accorati accenti il suo dolore per esser forzato alla resa; ma Mefistofele in veste di leguleio lo consiglierebbe a sperare ancora nella magia. Mi par di sentire le sue parole lusingatrici: « La speranza non è mai perduta per chi fida « nella procedura. Tu sai ch'io son conosciuto nel sottosuolo giudiziario, « in quel mondo sotterraneo dove si raccolgono gli usurai e i prepa- « ratori di fallimenti e i mezzani di cause e coloro che fanno commercio « di diritti litigiosi e di polizze del Monte di pietà, come un avvocato « *procedurista*. Questa magica qualifica non si consegue senza fatica: « ogni articolo del codice di procedura è come un di quei minuscoli « cofani costruiti da antichi ebanisti che s'aprono soltanto col pre- « mere una molla secreta, dissimulata dall'artefice nei modi più inge- « gnosi e impensati. Non diversamente gli articoli delle leggi giudiziarie « hanno, anche i più semplici e innocenti all'aspetto, la loro molla « nascosta, che si rivela soltanto a chi pazientemente la cerca; ma « quando il congegno secreto è scoperto, è trovata la via per dimo- « strare che l'articolo contiene tutto il contrario di quello che il profano « s'immaginava guardandolo dal di fuori. Confida dunque in me; e « dimmi in che cosa l'arte mia può ancora servirti ».

Rianimato da questi accenti fascinatori, il debitore esporrebbe apertamente i motivi della sua pena: il suo sconforto all'idea di dover pagare il denaro vittoriosamente difeso per tre anni, e sopra tutto il suo cruccio nell'immaginare i suoi mobili più cari dati in preda a quei loschi figuri che esercitano il mestiere di allontanar dalle aste pubbliche tutti gli onesti offerenti, per farsi aggiudicare i mobili a prezzi tanto irrisorî che il ricavato basta appena a coprir le spese di procedura; sicché, dopo l'incanto, i debitori restano alleggeriti dalla mobilia, ma non dal debito.

Ma queste lamentazioni del debitore sono troncate da un energico squillo di guerra dell'avvocato: quando il custode verrà a prendere i mobili pignorati per portarli sul luogo della vendita, gli sia chiusa la porta in faccia! Nessun timore di conseguenze spiacevoli per il debitore: né l'ufficiale giudiziario né il custode potranno entrare a forza nella sua casa senza commettere una palese violazione di domicilio;

e d'altra parte non c'è da angustiarsi troppo per l'art. 203 del Codice penale. « È vero che esso commina — continua l'avvocato — qualche « pena per chi rifiuti di consegnare a chi di ragione cose sottoposte « a pignoramento. Ma, se pur tu sarai denunciato per il tuo rifiuto, « lungo tempo passerà prima che la denuncia ti porti sul banco dei rei: « e prima d'allora verrà certamente a liberarti da ogni inquietitudine « una provvida amnistia. Quand'anche poi tu dovessi affrontare il « dibattimento, per certo ti salverebbe la autorevole parola di sapienti « maestri, i quali insegnano che il rifiuto di consegnare cose pignorate « non costituisce reato, quando, essendo queste affidate alla custodia « di un terzo, sia commesso dal proprietario delle medesime: qual « tu sei appunto nel caso nostro ».

L'ultima scena della commedia si svolgerebbe sul luogo della vendita, pochi minuti prima dell'ora stabilita per l'incanto. Il custode viene ad avvertire l'ufficiale giudiziario che si è trovato nella impossibilità di trasportare i mobili pignorati, perché la casa del debitore è impenetrabilmente chiusa. L'ufficiale giudiziario non si mostra troppo turbato dalla notizia; anzi osserva (« tra sé », come si trova scritto nei libretti delle vecchie commedie): « Tutto si svolge anche « per questo pignoramento in piena regola. Su dieci vendite giudiziarie « di mobili pignorati otto vanno a finir così, per la impossibilità del « custode di farsi consegnare i mobili che dovrebbero esser venduti: « e questa è una provvidenziale semplificazione del servizio per noi « ufficiali giudiziarî, chè altrimenti, se fossimo costretti ad eseguire « tutte le vendite fissate dal Pretore per lo stesso giorno (anche trenta « per volta in certi giorni!), dovremmo impiegarvi senza riposo tutte « intere le ventiquattro ore. Così, invece, gran parte delle vendite « preannunciate cadono nel nulla per mancanza di oggetto: e la « nostra fatica si riduce per esse a riempire altrettanti semplicissimi « moduli di denunzia penale ».

Ma qui, a render più concitata l'azione, sopraggiunge, caldo di giusto sdegno, il creditore: il quale solennemente chiede all'ufficiale giudiziario di adoprare contro il debitore che non apre la porta, l'immediato rigore della legge. Ma l'ufficiale giudiziario bonariamente gli osserva che egli non può far ciò per motivi di fatto e per motivi di diritto: « *in fatto*, — dice l'ufficiale giudiziario al creditore — bisogna « considerare che su ventiquattro vendite mobiliari per oggi fissate, « ben diciannove non potranno oggi essere eseguite, perché diciotto « debitori, oltre il vostro, hanno chiuso la porta in faccia ai rispettivi « custodi. Le vendite dovrebbero cominciar fra pochi istanti: e come « potrei, in sì breve volger di tempo, avere a disposizione diciannove « coppie di carabinieri e altrettanti magnani e veicoli per sfondare « porte e per eseguire sgomberi in numero sì rilevante? *In diritto* poi,

« anche se l'umana limitazione delle forze e del tempo non mi vietasse « di far quello che voi mi chiedete, temo che non me lo permetterebbe « la legge, la quale, attraverso l'ordine del Pretore, mi impone di tro- « varmi all'ora stabilita sul luogo della vendita, e nient'altro chiede « da me. Trasportare i mobili sul luogo dove la vendita deve svolgersi, « è ufficio del custode, non mio: io sono un ufficiale giudiziario, non « un facchino o un imprenditore di trasporti! ».

E qui il dialogo si fa sempre più serrato. Il creditore chiede angosciosamente se deve dunque ancora credere alle arcane virtù del titolo esecutivo, « chiave fatata che apre la porta dell'esecuzione »; e l'ufficiale giudiziario, restando nel linguaggio figurato che meglio si adatta alla inesperienza dei profani, lo ammonisce che « la esecuzione « è un grande palazzo, il quale ha una sola porta esterna, ma nel suo « interno ha tutto un labirinto di stanze, ognuna fornita di una sua « porticina ben chiusa. Quando la porta esterna è varcata, bisogna « poi, per procedere di stanza in stanza, aprire anche ad una ad una « quelle porticine minori che sbarrano il passo: e le chiavi per aprirle « bisogna chiederle non all'ufficiale giudiziario, ma al giudice... ».

E poiché il creditore, atterrito all'idea di un'altra causa da iniziare, chiede dinanzi a qual giudice dovrebbe ora portare di nuovo i suoi lagni, l'ufficiale giudiziario cortesemente gli suggerisce di instaurare un giudizio per risarcimento di danni contro il custode, ovvero di citare lo stesso debitore, per ottener contro di lui una nuova sentenza che lo condanni a consegnare al custode i mobili pignorati... Ma il creditore non si acqueta al saggio consiglio e strilla nella sua ingenuità che sul codice è scritto che l'ufficiale giudiziario, se nel procedere all'esecuzione incontri resistenza, può richiedere l'assistenza della forza pubblica, e fare abbattere all'istante porte esterne ed interne, e scassinare chiusi forzieri; che la vendita, una volta ordinata, non può esser sospesa per la opposizione del debitore; e che certe disposizioni espressamente menzionano il potere dell'ufficiale giudiziario di imporre alla parte condannata la immediata consegna dei mobili...

Di fronte alla testarda ostinazione del creditore, ecco che interviene, a determinar la crisi del dramma, quasi *deus ex machina*, l'avvocato del debitore, che, con bella foga oratoria, mette la sua vasta dottrina a disposizione dell'ufficiale giudiziario. Sembra di udir le appassionate apostrofi, infiorate di peregrini aforismi latini, con cui egli investe il misero creditore: « Qui si parla del titolo esecutivo con « leggerezza, come si parlerebbe di un biglietto d'ingresso o di un « grimaldello per far saltare le serrature! Ma sa Lei che cosa è giuri- « dicamente il titolo esecutivo? Lo ha mai veduto, Lei, un titolo ese- « cutivo? Ha mai letto la formula con cui esso termina? Hai mai « pensato alle gravi responsabilità alle quali l'ufficiale giudiziario si

« espone non attenendosi strettamente a quello che è scritto in quella « formula? Ha mai riflettuto che per intender la portata di quella « formula, è necessaria la interpretazione restrittiva, *stricta inter-* « *pretatio*, e che se si adoprasse la interpretazione estensiva, *lata* « *interpretatio*, la inviolabilità del domicilio, la libertà dei cittadini, « la vita stessa delle loro famiglie sarebbero *contra rationem legis* « irremissibilmente compromesse? Legga, nell'articolo 556 del Codice « di procedura, il preciso tenore della formula esecutiva: Ella si « persuaderà che né in quella formula, né in altro articolo del codice, « è contenuta alcuna autorizzazione esplicita agli ufficiali giudiziarî « di portar via colla forza i mobili dalle case dei debitori. Vero è che « in alcuni casi può l'ufficiale giudiziario imporre al debitore la im- « mediata consegna di determinati mobili. Ma questo avviene in una « forma di procedimento esecutivo assai diverso da quello che qui « oggi si esperimenta: questo avviene in quel procedimento detto « appunto *di consegna di mobili*, per il quale, in conformità della legge, « il titolo esecutivo specifica e determina i mobili da consegnare. Ma « dove mai, nella nostra fattispecie, il titolo esecutivo contiene una « siffatta determinazione di mobili? E a quali baratri porterebbe l'as- « sunto di chi volesse estendere per analogia leggi restrittive della « libertà personale, contro l'aureo insegnamento della sapienza romana, « secondo il quale *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit?* ».

* * *

E si potrebbe forse continuare per un pezzo su questo tono. Ma chi, leggendo questo dialogo, pensasse che esso sia soltanto uno scherzo di cattivo gusto, dimostrerebbe di non conoscere quella che è la realtà quotidiana, umiliante assai più che comica, di certe esecuzioni mobiliari; nelle quali la applicazione delle leggi processuali si trova ostacolata e assai di frequente arrestata, dai contrastanti « punti di vista » degli interessati, ognuno dei quali si industria di tirare la legge là dove il suo tornaconto, o il suo desiderio di scansar le responsabilità, lo consiglia. A Firenze, per fortuna, si è trovato un magistrato coraggioso il quale, affermando nella sua sentenza il dovere dell'ufficiale giudiziario di farsi consegnare colla forza i mobili pignorati, ha spezzato anche per l'avvenire nella sua circoscrizione giudiziaria l'accomodante pratica invalsa da molti anni in questa materia.

Ma il caso può essere istruttivo anche per coloro che preparano la riforma del codice di procedura: i quali, da un episodio come questo, devon trarre la convinzione della necessità di curare nei minimi particolari tecnici specialmente quella parte del codice che tratterà della esecuzione mobiliare. È noto che le leggi, poste a contatto

colla realtà, si rivelano per lo più molto diverse da quello che il legislatore le aveva voluto: esse, entrando a far parte dell'« ambiente » in cui devono essere applicate, hanno da fare i conti colle resistenze dei varî interessi, di cui esse sono chiamate a regolare i conflitti: sicché quasi sempre la loro portata pratica non è che la resultante di un fascio di forze in contrasto, delle quali la volontà contenuta originariamente nella norma resta soltanto una componente. Per questo tanto più saviamente il legislatore opererà, quanto più esattamente saprà calcolare in anticipo gli ostacoli e le reazioni sociali, contro i quali la sua legge dovrà lottare nella pratica applicazione.

Se questo è vero, la riforma del processo esecutivo, ed in ispecie di quello mobiliare che è più vicino al piccolo popolo ed ai piccoli mestieranti della giustizia, non deve contentarsi di costruire un sistema scientificamente perfetto e tale da appagare i teorici; ma deve anche studiarsi di realizzare questo sistema in una serie di disposizioni chiare e minuziosamente precise, che siano in grado di resistere domani a tutti gli ingegnosi espedienti con i quali gli interessati, « ciascuno a suo modo », cercheranno di travisarle e di asservirle alle loro finalità. Il legislatore, insomma, non deve formulare le sue leggi di procedura, ed in ispecie quelle relative al processo esecutivo, in modo che sembrino perfette al teorico che disinteressatamente le analizza « *in vitro* » nella serenità del suo laboratorio, ma deve forgiarle come arnesi da combattimento, pronte a resistere a tutti gli urti, dei quali, al momento della loro attuazione, si troveranno in balia. Il creditore ossessionato dalla volontà di farsi pagare, il debitore in cerca di espedienti per non pagare, il leguleio che commercia in cavilli, l'ufficiale giudiziario che ama il quieto vivere, saranno, domani come oggi, gli immancabili « personaggi » di ogni esecuzione mobiliare, portati, dalla melanconica monotonia degli umani egoismi, a pensare e ad agire nella realtà come hanno parlato gli interlocutori del mio dialogo: non diversi dalle persone vive, ma soltanto più loquaci e più sinceri.

IX

SULLA IMPIGNORABILITA' DEI FRUTTI DI UN IMMOBILE DOPO LA TRASCRIZIONE DEL PRECETTO (*)

La questione decisa dal Tribunale nella sentenza surriportata non è nuova; ed è stata concordemente risolta nello stesso senso dalla dottrina e dalla giurisprudenza (CESAREO CONSOLO, *Espropriazione*, III, pagg. 388-389, n. 3 e gli autori e giudicati ivi citati) con questa argomentazione: « Se alla trascrizione del precetto viene attribuito « l'effetto del pignoramento, non si giustifica un altro procedimento « tendente al medesimo scopo, cioè a mettere i beni a disposizione « dei creditori. Se ciò fosse possibile, si distruggerebbe l'economia e « l'unità del giudizio, e non verrebbe raggiunto lo scopo della legge, « qual'è quello di non dividere i frutti come cosa mobile, ma di asse- « gnarli, unitamente al prezzo dell'immobile, ai creditori privilegiati, « ipotecari e chirografari » (CESAREO CONSOLO, loc. cit.). In verità, se il primo effetto della trascrizione del precetto immobiliare è quello di togliere al debitore la disponibilità dei frutti e di costituir questi in stato di sequestro, non sembra concepibile che sugli stessi frutti si esegua poi un pignoramento il cui primo effetto è appunto quello di rendere inalienabili i beni pignorati. Sotto questo aspetto, infatti, il pignoramento non sarebbe altro che una inutile duplicazione, concernente in modo speciale una parte dei frutti, di quello stesso provvedimento conservativo che colla trascrizione del precetto avrebbe già operato in modo generale e comprensivo su tutti i frutti dell'immobile.

A questo ragionamento parrebbe però che si potesse rispondere nel modo seguente. L'effetto derivante dalla trascrizione del precetto di rendere indispensabili i frutti dell'immobile si opera non a favore

---

(*) Pubblicato in *Il Foro toscano*, a. IV, 1929, pagg. 282-283, in nota alla sentenza del Tribunale di Firenze, 27 marzo 1929, Nencioni c. Ricci, così massimata: « I frutti di un immobile sul quale sia stato trascritto precetto diventano « indisponibili e devono essere distribuiti unitamente al prezzo degli stessi beni; « essi non possono perciò costituire oggetto valido di pignoramento da parte dei « creditori »]. [*Bibliografia*, n. 163]

del solo trascrivente, ma a *favore di tutti i creditori*, (MATTIROLO, *Trattato*, VI, n. 93) i quali, alla fine del giudizio di espropriazione potranno far valere i propri diritti sul prezzo ritratto dalla vendita dell'immobile e dei frutti, accumulati da quando il precetto è stato trascritto: del pari il pignoramento non opera soltanto in favore del creditore pignorante, ma altresì in favore *di tutti i creditori* che durante il giudizio di esecuzione facciano valere in tempo i loro diritti mediante l'opposizione (art. 651 Cod. proc. civ.). Per ciò, se la trascrizione del precetto immobiliare come il pignoramento sono atti ugualmente compiuti da un creditore nell'interesse *di tutti i creditori*, niente vieta che, in un momento successivo alla trascrizione del precetto operata da un creditore, possa un altro creditore agire su una parte dei frutti che già, in conseguenza della trascrizione, sono a disposizione di tutti i creditori; e accelerare la vendita dei medesimi, mediante la più rapida esecuzione mobiliare, sempre nell'interesse di tutti i creditori. In altre parole, il pignoramento che, dopo la trascrizione del precetto, appare inutile come atto tendente a togliere al debitore la disponibilità di quelli stessi frutti che sono già, dopo la trascrizione, indisponibili, sarebbe legittimo come atto tendente a mandare avanti su quei frutti un separato procedimento di esecuzione mobiliare, allo scopo di far realizzare più celermente a tutti i creditori, nelle more del giudizio di espropriazione immobiliare, il valore dei beni pignorati. Ciò gioverebbe a tutti i creditori che intanto, nell'attesa della vendita dell'immobile, potrebbero cominciare a pagarsi sui mobili: e non nuocerebbe a nessuno, perché tutti i creditori, compreso quello che avesse trascritto il precetto immobiliare, potrebbero concorrere sul prezzo ritratto dalla vendita dei mobili.

Ma a tale argomentazione è facile replicare che, quantunque la esecuzione mobiliare non sia fatta nel solo interesse del creditore pignorante, essa, se iniziata e proseguita sui frutti già immobilizzati in seguito a trascrizione di precetto, verrebbe a ledere il diritto a mandare innanzi la esecuzione, già acquisito colla trascrizione stessa dal primo creditore trascrivente; il quale ha diritto di proseguire gli atti per la espropriazione a preferenza di tutti gli altri creditori che abbiano trascritto dopo di lui (art. 661 Cod. proc. civ.), né può esser surrogato in tale sua posizione se non in caso di negligenza (art. 575). Tale suo diritto di proseguire gli atti di espropriazione a esclusione di ogni altro creditore si riferisce non solo all'immobile, ma anche ai frutti del medesimo che, dalla data della trascrizione, ne devono seguire la sorte: sicché un successivo pignoramento significherebbe una evidente menomazione di tale diritto che la legge gli riconosce. Si aggiunga d'altra parte che il pignoramento dei frutti già colpiti dalla trascrizione del precetto immobiliare verrebbe a ledere un diritto già

acquisito dai creditori ipotecari: se per l'art. 2086 i frutti, dalla data della trascrizione, sono distribuiti unitamente al prezzo degli stessi immobili colpiti dal precetto, questo vuol dire che i creditori ipotecari iscritti sull'immobile hanno diritto di esser collocati in grado anteriore ai chirografari non solo sul prezzo dell'immobile, *ma altresì sul prezzo dei frutti* (art. 688 Cod. proc. civ.): ora, se si ammettesse che su quelli stessi frutti potesse agire, con pignoramento e successiva esecuzione mobiliare, un creditore chirografario, il valore di tali frutti verrebbe sottratto ai creditori ipotecari, la cui poziorità non potrebbe esser riconosciuta e tutelata nel giudizio di esecuzione mobiliare (art. 651). Poiché il regime delle cause di prelazione nel pagamento dei creditori è diverso secondo che i beni espropriati siano immobili o mobili, il pignoramento dei frutti già colpiti da trascrizione di precetto immobiliare verrebbe a riportare sotto il regime dei mobili i frutti stessi che, in virtù di quella trascrizione, il legislatore ha voluto assoggettare al regime degli immobili; da ciò verrebbero danneggiati quei creditori che avendo una legittima ragione di prelazione soltanto sugli immobili non potrebbero farla valere sui frutti se questi tornassero ad esser considerati secondo il regime dei mobili.

In conclusione per tutte le suesposte considerazioni, ritengo che il Tribunale di Firenze abbia correttamente deciso che il sequestratario di un immobile, nominato in base all'art. 2085 Cod. civ. (non, si intende, quello nominato in base all'art. 1877 stesso codice) può legittimamente opporsi al pignoramento dei frutti e sostener la impignorabilità dei medesimi, fino a che durano gli effetti della trascrizione (art. 2085 cap. ultimo Cod. civ.).

X

DIRITTO ED EQUITA' NELL'ARBITRATO (*)

1. — Può un collegio di arbitri, nominati dalle parti come amichevoli compositori ovvero come arbitri di diritto, mutare di sua iniziativa la qualifica originaria attribuitagli dalle parti e modificare di conseguenza i poteri decisorî che ad essa erano inerenti? Che cosa succede se in momenti successivi di un unico giudizio arbitrale il collegio giudicante cambia ripetutamente di opinione intorno alla estensione dei proprî poteri, qualificandosi in modo diverso nelle diverse fasi, e trovando quindi la *ratio decidendi* prima nella equità, poi nello stretto diritto, poi di nuovo ancora nella equità?

A questo, e ad altri problemi connessi, interessantissimi come tutti quelli che prospettano sotto nuovi punti di vista le relazioni tra diritto ed equità, ha dato occasione la singolare fattispecie decisa dal Tribunale di Firenze colla sentenza surriportata.

In un contratto concluso tra due Società, era stata apposta una clausola compromissoria che prevedeva la costituzione di un collegio di tre amichevoli compositori: sorta una controversia, i tre arbitri nel verbale di costituzione del collegio dichiarano, in presenza delle parti e senza protesta di queste, di volere « seguire la procedura ordinaria « e decidere secondo le regole del diritto ». Il giudizio si svolge poi con lunga istruttoria: con una prima sentenza interlocutoria, nella cui motivazione è espressamente richiamata la dichiarazione di voler decidere « secondo le regole del diritto », il collegio dispone a favore di una parte una provvisionale, la quale sembra suggerita da considerazioni di equità più che di diritto; successivamente colla sentenza definitiva, nella cui motivazione non si ha più alcun richiamo al verbale di costituzione del collegio e alla dichiarazione in esso contenuta, gli arbitri esplicitamente si qualificano « amichevoli compositori » e pronunciano, almeno in parte, in base ad argomenti di equità.

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. VII, 1930, P. II, pagg. 63-72; ristampato in *Studi*, III, pagg. 67-74, in nota alla sentenza del Tribunale di Firenze, 3 luglio 1929, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II]. [*Bibliografia*, n. 167].

La parte soccombente propone, dinanzi al Tribunale di Firenze, azione di nullità contro il lodo interlocutorio e contro il lodo definitivo, con questo dilemma: o la dichiarazione fatta dagli arbitri all'atto della costituzione del collegio di voler decidere « secondo le « regole del diritto » era legittima e valida, e allora dev'essere annullato tutto quello che gli arbitri hanno successivamente operato e deciso come amichevoli compositori, eccedendo i poteri di arbitri di diritto entro i quali la loro attività doveva rimanere limitata; ovvero gli arbitri hanno commesso inizialmente un eccesso di potere, illegittimamente alterando i poteri prestabiliti dalla clausola compromissoria, e allora tutto il giudizio arbitrale deve cadere, perché viziato fin dal suo atto iniziale.

2. — La prima ipotesi del dilemma ha come premessa la validità della dichiarazione fatta dagli arbitri di voler decidere « secondo le « regole del diritto ». Il fatto che gli arbitri nel decidere non si siano attenuti a quella qualifica di « amichevoli compositori » che era stata data loro dalla clausola compromissoria, non importa necessariamente che la loro decisione si debba considerar pronunziata « fuori dei limiti « del compromesso » (art. 32, n. 1 Cod. proc. civ.), quando è noto che col compromesso o con altro atto equivalente al quale abbia concorso la concorde volontà delle parti, possono essere validamente stabilite, per la singola controversia, modalità e condizioni diverse da quelle contenute nella clausola compromissoria. « Può accadere — in- « segna esattamente il MORTARA, *Comm.*, II, n. 91 — che al presentarsi « di una controversia, preveduta da clausola compromissoria, le parti « stipulino un atto il quale abbia tutti i requisiti del compromesso « specifico. Data la formale regolarità, non v'è motivo per negargli « effetto anche nei patti coi quali, rispetto alla controversia specifica « che viene in decisione, fossero stati modificati i termini della clausola « compromissoria. Così, a cagion d'esempio, potrebbesi rinunciare « all'appello che nella clausola era stato fatto salvo, o stabilirne il « diritto non ostante la precedente rinuncia; *si potrebbe commettere « agli arbitri di giudicare come amichevoli compositori, o, viceversa, « fare obbligo a loro di attenersi alle norme del diritto*; e via dicendo ».

Si trattava dunque, nel caso nostro, di decidere in fatto se la modificazione della clausola compromissoria voluta dagli arbitri, ma registrata nel verbale di costituzione del giudice firmato dalle parti, potesse considerarsi come consentita dalle stesse parti; risolta affermativamente questa questione di fatto (il Tribunale di Firenze l'ha risolta, come vedremo, negativamente) non ci sarebbe stato dubbio che gli arbitri dovevano per ciò considerarsi come arbitri di diritto, e che di conseguenza dovevano essere annullate, come eccedenti i

limiti del compromesso, le loro decisioni implicitamente od esplicitamente basate sull'equità.

La Corte suprema ha ripetutamente deciso che non è viziato da nullità per aver ecceduto i limiti del compromesso il lodo di amichevoli compositori, che invece di decidere secondo equità si siano attenuti alle regole del diritto (cfr. Sez. 3ª, 21 novembre 1927, in *Sett. della Cassaz.*, 1927, n. 3635, col. 1163; Sez. 2ª, 22 giugno 1928, *ivi*, 1928, n. 2920, col. 859); ma il caso nostro — se si ammette la validità della modificazione di poteri operata all'atto della costituzione del collegio — è perfettamente inverso: si tratta di arbitri di diritto, che invece di decidere secondo le regole del diritto, si siano attenuti all'equità. Nei casi decisi dalla Corte suprema, non si può parlare di eccesso di potere, perché nel più ci sta il meno, e nel potere di decidere secondo equità è compreso *a fortiori* il potere di decidere secondo il diritto; ma nel caso nostro l'eccesso di potere è evidente, perché decidere secondo equità può voler dire anche sorpassare le regole del diritto, cioè i confini rigorosamente segnati all'arbitro di diritto.

Il diritto positivo e l'equità costituiscono due ordinamenti giuridici, coesistenti e in parte coincidenti, come due sfere concentriche di diverso volume, di cui la più grande, che contiene in sé la più piccola, è l'equità. Il giudice, che è al centro dei due ordinamenti, ha al disopra di sé, quasi firmamento giuridico, queste due grandi volte poste una dentro l'altra; ma se egli è giudice di puro diritto, la sua vista si ferma alla più bassa e vicina; se invece egli è giudice di equità, la volta più bassa è per lui trasparente, e la sua vista può spaziare al di là, fino a scoprire, sulla più alta ed esterna, costellazioni che il giudice di diritto non vede. Insomma, per uscir dalla barocca similitudine, si vuol dire con questo che il giudice di equità ha sempre il potere di verificare se il diritto positivo corrisponde all'equità e quindi di applicarlo o di non applicarlo, secondoché vi scorga o non vi scorga una tale coincidenza; mentre il giudice di diritto non ha altro potere che quello di applicare il diritto com'è, ed ogni suo tentativo di guardare più oltre costituisce un eccesso di potere.

3. — Quando si ritenga invece che la dichiarazione fatta dagli arbitri di voler decidere « secondo le regole del diritto » sia inefficace a modificare la clausola compromissoria, allora si presenta l'altra ipotesi del dilemma: secondo la quale tutto il giudizio arbitrale dovrebbe cadere, perché basato su un iniziale disconoscimento da parte degli arbitri della natura e della misura dei proprî poteri decisorî.

Né si dica che in questa ipotesi, dato che la qualifica di amichevoli compositori fissata dalla clausola compromissoria deve conside-

rarsi rimasta in vigore, la nullità del giudizio arbitrale resterebbe esclusa in applicazione della giurisprudenza, sopra ricordata, della Corte suprema, per la quale gli amichevoli compositori possono sempre validamente decidere secondo il diritto.

In realtà questa giurisprudenza non ha niente a che fare, neppure in questa seconda ipotesi, col caso nostro: essa vuol significare soltanto che l'arbitro di equità può applicare lo stretto diritto, tutte le volte in cui, in concreto, abbia verificato che lo stretto diritto coincide, in questa singola questione, coll'equità: ma non può significare che l'arbitro di equità, come tale voluto dalle parti, possa *a priori* genericamente inibirsi l'esercizio di quei poteri equitativi che le parti hanno voluto attribuirgli, e vincolarsi ad applicare lo stretto diritto senza verificare se esso corrisponda o meno, nel caso concreto, all'equità. Quando le parti danno all'arbitro poteri di amichevole compositore, non gli vietano con questo di applicare le regole del diritto, se ed in quanto egli riterrà che esse corrispondano, per quella determinata fattispecie, all'equità; ma gli vietano di considerarsi *a priori* come assolutamente vincolato alle regole del diritto, rinunciando a quel potere di critica delle medesime e di confronto tra esse e l'equità, che è funzione tipica dell'amichevole composizione e della quale egli non può spogliarsi senza tradire il carattere essenziale dell'ufficio che le parti hanno voluto affidargli.

4. — Colla sentenza surriportata, pregevole per chiarezza e concisione, il Tribunale di Firenze è sfuggito a ambedue le ipotesi del dilemma: alla prima, in quanto ha ritenuto in fatto che la dichiarazione degli arbitri di voler decidere secondo le regole del diritto non sia stata consentita dalle parti e non abbia quindi giuridicamente alterato la loro qualità di amichevoli compositori fissata dalla clausola compromissoria; alla seconda, in quanto ha ritenuto che la semplice intenzione di decidere secondo il diritto, manifestata dagli arbitri all'inizio del giudizio, non poteva produrre la nullità dei lodi, nel pronunciare i quali gli arbitri, nonostante tale intenzione iniziale restata poi senza pratici effetti successivi, si erano attenuti in sostanza all'equità anziché allo stretto diritto.

Non mi pare però che tale decisione, la quale ha concluso col respingere l'azione di nullità, sia del tutto soddisfacente: soprattutto mi pare che ad essa siano sfuggiti alcuni aspetti, e forse non i meno interessanti, del problema.

Il Tribunale ha ammesso in sostanza che gli arbitri, quando hanno dichiarato nella loro prima riunione di voler decidere secondo il diritto, abbiano commesso un errore, trascurando quello che era scritto nella clausola compromissoria, della quale evidentemente si erano

dimenticati; ma che poi, in un momento successivo (la sentenza non ci dice in quale) si siano accorti del loro errore, e ne abbiano fatto onorevole ammenda, rientrando in quel sentiero dell'equità, da cui erroneamente avevano da principio creduto di poter deviare: cosicché, al momento della pronunzia nessuna traccia più esisteva di questa precedente aberrazione, di questo, possiam dire, *trascorso giovanile*, lavato in corso di causa da salutare pentimento degli arbitri.

Ora io non credo che, in materia processuale, il pentimento dell'ultim'ora possa in ogni caso significar salvazione.

Innanzitutto non mi pare esatto affermare che la intenzione degli arbitri di giudicare secondo il diritto, poi cancellata dal successivo pentimento, sia restata senza effetti pratici sulle decisioni. Ciò può esser vero per il secondo lodo, quello definitivo, in cui gli arbitri esplicitamente si sono qualificati « amichevoli compositori »; ma in quanto al primo loro interlocutorio, nella cui motivazione è espressamente richiamato il verbale di costituzione del collegio e la dichiarazione in esso registrata di decidere secondo le regole del diritto (circostanza che il Tribunale di Firenze non ha tenuta presente), non vi è nessuna ragione per ritenere che gli arbitri lo abbiano pronunciato colla consapevolezza di giudicare secondo equità: anzi, tutto fa supporre che, al momento in cui il primo lodo interlocutorio fu pronunciato, gli arbitri non si fossero accorti del loro errore ed avessero quindi inteso di giudicare secondo il diritto. Dal fatto che questo primo lodo contiene disposizioni contrarie allo stretto diritto, il Tribunale ha desunto che anche in esso gli arbitri, pur qualificandosi di diritto, avrebbero inteso di decidere come amichevoli compositori; ma questa è, se non erro, una palese petizione di principio: più semplice mi sembra pensare che gli arbitri abbiano inteso di decidere in conformità della loro dichiarata qualifica, e che, in tale loro veste, abbiano, senza accorgersene, male applicato quel diritto in base al quale volevano giudicare. Sarebbe troppo facile, altrimenti, giustificare ogni sproposito di diritto come un implicito giudizio di equità!

Ma, ad ogni modo, certo è che in questo lungo giudizio arbitrale, durante quasi tre anni, c'è stato un periodo, di cui si conosce la data iniziale ma non esattamente la data finale, in cui gli arbitri hanno creduto di essere arbitri di diritto, e come tali hanno agito: e quantunque il momento in cui gli arbitri hanno fatto ammenda dal loro primitivo errore non sia consacrato in un apposito verbale, certo è che in questo processo unico, iniziato nel verbale di costituzione con un espresso richiamo alle regole del diritto, e chiuso nel lodo definitivo con un espresso richiamo all'equità, vi dev'essere stato un momento in cui gli arbitri, dopo una certa esitazione, hanno fatto il passo dal territorio del diritto in quello dell'equità, e in cui l'arbitrato, nato e

vissuto per qualche tempo nell'ordinamento giuridico del diritto positivo, è stato dolcemente risospinto in quell'ordinamento giuridico della equità, nel quale, secondo la clausola compromissoria, avrebbe dovuto fin dall'inizio esser contenuto. Ora a me sembra che questo passaggio da un ordinamento giuridico all'altro, avvenuto mentre il giudizio arbitrale era in corso, sicché una parte degli atti costituenti il giudizio arbitrale sono stati compiuti in regime di stretto diritto ed una parte in regime di equità, alteri e distrugga la continuità e la unità processuale, senza la quale anche la decisione, che è l'atto conclusivo del processo, deve necessariamente cadere. Quantunque apparentemente l'arbitrato sia unico, esso è in realtà costituito nel caso nostro da due frammenti eterogenei, da due tronconi che si toccano, ma non si saldano: c'è un inizio di arbitrato dinanzi a un collegio di arbitri di diritto, c'è una fine di arbitrato dinanzi ad amichevoli compositori; al primo manca la conclusione, al secondo mancano le premesse. Si pensi, per vedere anche più evidenti le conseguenze a cui dovrebbe necessariamente portare questo passaggio di ordinamento giuridico operatosi in corso di lite, a un caso in cui dinanzi ai giudici ordinarî sia dubbio se una certa controversia debba esser decisa secondo il diritto italiano o, poniamo, secondo il diritto francese: i giudici in un primo tempo ritengono applicabile il diritto italiano, e, in conformità di questa premessa, ordinano prove, dispongono provvedimenti interinali; ma poi, prima di pronunziare la sentenza definitiva, si accorgono che il diritto da applicare è quello francese, e definitivamente decidono in conformità di questo. Chi potrebbe sostenere la validità di questa ibrida pronuncia?

Qualcosa di molto simile si è verificato nel caso nostro: qualunque sia stata la durata, di un anno o di un giorno, della fase in cui gli arbitri hanno agito come arbitri di diritto, certo è che la esistenza di questa fase ha fatto venir meno quella unità giuridica che è condizione di validità di ogni processo, e che deve sussistere non solo nei varî momenti in cui il giudice esplica il suo potere di decisione (onde non è concepibile che in uno stesso processo la sentenza interlocutoria sia basata sulle regole di diritto e la sentenza definitiva sull'equità), ma altresì in tutto il periodo istruttorio in cui il giudice dispone e raccoglie le prove o le parti espongono le proprie difese, dato che praticamente l'istruttoria e la difesa si possono orientare in modo assai diverso secondo la legge che il giudice dovrà applicare *in judicando*, né è lecito, su prove ordinate o su difese preparate in vista di una questione di diritto, basare poi la decisione di una questione di equità.

In conclusione, il processo non può sopravvivere a questa vera e propria frattura della colonna vertebrale, che è il mutamento dell'or-

dinamento giuridico in corso di lite; il processo non è un anfibio che possa per un certo tempo vivere immerso nell'acqua stagnante dello stretto diritto, per poi, quando aggrada ai giudici, esser tratto fuori a respirar l'aria libera dell'equità!

5. — Ma anche su un altro aspetto della questione mi pare che la sentenza abbia con troppa agilità sorvolato, cioè sulla nullità per difetto di motivazione (art. 32, n. 4 in relazione all'art. 21, n. 3), derivante dalla incertezza dei motivi e dalla conseguente impossibilità in cui le parti si sono trovate di controllare se il dovere della motivazione fosse stato o no esaurientemente adempiuto dagli arbitri.

Per poter verificare se un giudice abbia sufficientemente motivato, bisogna per prima cosa sapere quali sono le fonti da cui egli ha tratto le regole da applicare al caso: senza di che manca il termine di confronto per poter controllare se la motivazione è sufficiente o no. Ciò è tanto più vero nel caso nostro, in quanto la giurisprudenza della Suprema Corte ha ripetutamente affermato che l'obbligo di motivare è per l'amichevole compositore assai meno rigoroso che per l'arbitro di diritto: sicché quella motivazione concisa ed approssimativa che per un lodo di diritto sarebbe insufficiente e tale da dar luogo a nullità, si può considerare esauriente per un lodo di equità.

Ora nel nostro caso era assolutamente incerto, almeno per il lodo interlocutorio, se la fonte di decisione degli arbitri fosse stata il diritto o l'equità; cosicché la garanzia della motivazione era resa per le parti praticamente illusoria, perché, non essendo chiaramente indicati i criterî giuridici in base ai quali il lodo era stato pronunciato, veniva con ciò ad esser sottratto alle parti anche ogni criterio per controllare se l'obbligo della motivazione potesse dirsi seriamente adempiuto. Una motivazione siffatta, la quale non conteneva neanche gli elementi indispensabili per accertare se la decisione si fosse o no conformata al disposto dell'art. 12, n. 3 Cod. proc. civ. (ed anche per stabilire se il lodo fosse soggetto ad appello o viceversa inappellabile per il n. 1 dell'art. 28 Cod. proc. civ.) non sembra invero che si possa considerare come motivazione sufficiente: onde l'azione di nullità doveva, almeno sotto questo profilo, essere accolta.

XI

LA SENTENZA COME ATTO DI ESECUZIONE FORZATA (*)

SOMMARIO: 1. Infungibilità giuridica della prestazione consistente in una dichiarazione di volontà. — 2. Obbligo di emettere una dichiarazione di volontà di contenuto già determinato, ed obbligo di emettere una dichiarazione di volontà di contenuto da determinarsi. — 3. Casi in cui la legge ammette che la sentenza produca gli effetti giuridici della mancata dichiarazione di volontà: problema della natura di questa sentenza. — 4. Essa contiene un atto di esecuzione forzata in forma specifica. — 5. Analisi di questo atto come sostituzione della volontà del giudice alla volontà negoziale dell'obbligato. — 6. Osservazioni sulla natura mista dell'azione che mira a questa sentenza. — 7. Esecuzione forzata delle obbligazioni di emettere una dichiarazione di volontà di contenuto da determinarsi: ipotesi sulla natura giuridica delle sentenze della Magistratura del Lavoro.

1. — Che possa il giudice, quando l'obbligato a emettere una dichiarazione di volontà si ricusa di adempiere la prestazione, produrre mediante sentenza gli stessi effetti giuridici che da tale dichiarazione sarebbero scaturiti, — non credo che, fuor dei casi in cui la legge esplicitamente lo consenta, sia da ammettersi come regola generale del nostro diritto positivo. Di tutti gli argomenti che furono addotti in proposito nella interessante polemica svoltasi quasi vent'anni fa, mi sembra fondamentale, e restato senza decisiva confutazione, quello, allora portato dall'ASCOLI (1), della *infungibilità giuridica della prestazione consistente in una dichiarazione di volontà*: dalla quale infungibilità giuridica deriva, in caso di inadempienza, la inapplicabilità

(*) [Pubblicato negli *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, Principato, 1931, pagg. 219-241; ristampato in *Studi*, III, pagg. 19-42. Tradotto in lingua tedesca, sotto il titolo *Das Urteil als Vollstreckungsakt*, da W. KISCH in *Judicium* (Hamburg), II Jahrg. (1930), Heft 4, pagg. 317-343; e in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pagg. 513-535]. [*Bibliografia*, nn. 170, 171, 298].

(1) ASCOLI, in *Riv. dir. civ.*, 1909, pag. 246; 1910, pagg. 104 e 841; 1911, pag. 887. Cfr. anche nello stesso senso CARNELUTTI, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, pag. 616.

dell'art. 1220 Cod. civ., e la impossibilità di trovare scampo in altra disposizione che non sia la *extrema ratio* dell'art. 1218. Anche il mirabile sforzo logico con cui il CHIOVENDA tentò allora di dimostrare il contrario (2), lascia una certa perplessità nel lettore: quand'egli insegna che « il fare, e così la volontà, si dirà giuridicamente fungibile quando « il risultato pratico del fare o l'effetto giuridico del volere, può con- « seguirsi mediante un'attività diversa da quella dell'obbligato » (3), sembra che dia proprio per dimostrato ciò che invece qui dovevasi dimostrare, cioè che possa conseguirsi mediante un'attività diversa da quella dell'obbligato (nel caso nostro mediante l'attività del giudice) quell'effetto giuridico che la legge fa dipendere, come da sua causa non solo sufficiente ma anche necessaria, dalla volontà incoercibile ed insostituibile dell'obbligato.

È noto che la possibilità di una esecuzione forzata in forma specifica (4) o in senso proprio (5), — cioè di una esecuzione mediante la quale lo Stato, *facendo a meno della volontà dell'obbligato*, riesca a far conseguire al creditore lo stesso bene che egli avrebbe conseguito, se l'obbligazione fosse stata volontariamente adempiuta dal creditore — trova un limite non superabile in tutti quei casi in cui quel determinato bene non può essere prodotto da altri che non sia lo stesso debitore, né con mezzi che possano comunque tener luogo della sua volontà. In questi casi, nei quali anche lo Stato si trova nella impossibilità di soddisfare, senza il concorso del debitore, l'originario diritto del creditore, si dice che il fare del debitore è *infungibile*: e si pensa subito, nel dir questo, alla *infungibilità naturale*, la quale si verifica quando il bene a cui il creditore aspira è talmente connesso alle qualità e alle attitudini individuali del debitore (il quadro di un celebre pittore, il canto di un tenore famoso), che è impossibile *in rerum natura* riprodurlo senza il concorso dell'attività personale dell'obbligato. Ma accanto a questa infungibilità *naturale* della prestazione, vi può essere una infungibilità meramente *giuridica*, la quale si ha quando la legge attribuisce a una persona il potere *esclusivo* di produrre colla propria volontà determinati effetti giuridici; talché nel mondo del diritto appare come impossibile che, senza il concorso di quella volontà, gli stessi effetti si producano altrimenti.

Non pare che finora sia stato messo abbastanza in luce che la capacità d'agire nei limiti della propria sfera giuridica ha non solo

---

(2) *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I (riprodotto, ora, nella nuova ed. dei *Saggi*, vol. I, pag. 101 e segg.); *Principii*, pag. 109 e segg.

(3) *Principii*, pag. 192; *Saggi*, cit., I, pag. 113.

(4) ROCCO ALFREDO, *Fallimento*, pag. 22, nota 1.

(5) CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, nn. 3 e 7.

un aspetto positivo, ma anche un aspetto *negativo*, di cui, nel tema che qui si studia, non si può non tener conto. Il potere, che la legge riconosce a ciascuna persona, capace di volere, di produrre colla propria volontà effetti giuridici ad essa conformi, cioè la cosiddetta capacità *negoziale* (6), non può validamente esercitarsi se non sui diritti di cui la persona è titolare, o, più in generale, sui rapporti ad essa pertinenti. Il campo d'azione, starei per dire il territorio sul quale questo potere negoziale può operare, è dunque per ciascuna persona contenuto entro limiti, al di là dei quali comincia il campo d'azione di un analogo potere negoziale spettante ad altra persona. Ma, entro i confini della propria sfera giuridica (7), ciascuna persona è sola a disporre: par di vedere, quando si cerca di rappresentarci con immagini questa coesistenza di innumerevoli microcosmi giuridici, in ciascuno dei quali regna sovrana una volontà individuale, qualcosa che lontanamente somiglia alla ripartizione di competenza tra uffici pubblici preposti a diverse circoscrizioni territoriali, o addirittura, *si parva licet componere magnis*, alla situazione internazionale degli Stati, ciascuno dei quali trova nel proprio territorio la sede, ma anche il limite, della propria sovranità.

Questa che, tanto per intenderci, possiamo chiamare *sovranità della volontà individuale nei limiti della sfera giuridica ad essa pertinente*, significa, nel suo aspetto *positivo*, riconoscimento dato dalla legge ad essa volontà come produttrice di effetti giuridici entro quei limiti; ma significa anche, nel suo aspetto *negativo*, esclusione e disconoscimento dell'attitudine di qualsiasi altrui volontà a produrre quegli stessi effetti in quei confini. Se questo riconoscimento di potere negoziale ad una persona importa la esclusione del potere negoziale di ogni altra persona nella stessa sfera giuridica, è evidente che la volontà della prima è, per la produzione di effetti giuridici in quella sfera, insostituibile e infungibile: la mia piena capacità di agire non mi dà potere di disporre per testamento dei beni che non sono miei, ma dei miei beni nessun'altra volontà all'infuori della mia, anche se di persona pienamente capace, ha potere di disporre.

Quando una persona si è obbligata ad emettere una dichiarazione di volontà negoziale, la sua volontà deve dunque considerarsi, per la produzione degli effetti giuridici ad essa volontà dalla legge riconnessi, come giuridicamente infungibile; ed ove questa obbligazione non sia volontariamente adempiuta, la sua esecuzione forzata in

---

(6) Cfr. FERRARA, *Trattato*, I, pag. 461.

(7) Sul concetto di *sfera giuridica*, cfr. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e trasferimento dei diritti*, in « Annali dell'Università di Messina », I, 1927, pag. 163 e segg., specialmente n. 2.

forma specifica deve ritenersi giuridicamente impossibile. Quando l'art. 1220 del Cod. civile autorizza il creditore a rivolgersi ad altri per la esecuzione della obbligazione di fare non adempiuta dal debitore, non intende ammetter con questo che nella inviolabile sfera giuridica del debitore possa comunque validamente operare e disporre la inframmettenza di un'altrui volontà. Se il mio sarto non mi consegna nel giorno fissato il vestito di cui già gli ho anticipato il prezzo, io posso, in virtù dell'art. 1220, farmi fare il vestito che mi occorre da un altro sarto e chiedere al primo il rimborso delle spese; ma con questo la sfera giuridica del primo sarto non resta in alcun modo violata, perché il secondo sarto, impegnandosi con me ad eseguire il lavoro che io gli richiedo, opera nei limiti della sfera giuridica propria, né si sostituisce alla volontà del debitore inadempiente, il quale dovrà subire soltanto le conseguenze dell'inadempienza da lui liberamente voluta. L'art. 1220, dunque, non dà al creditore un mezzo eccezionale per introdursi, facendo a meno della volontà del debitore, in quel campo in cui normalmente tale volontà è sovrana; ma gli insegna la via (che forse ogni creditore cauto seguirebbe anche senza il suggerimento della legge!) per cercare *in una diversa sfera giuridica* l'appagamento specifico di quell'interesse, il quale, nella sfera giuridica del debitore inadempiente, non può ormai altro cercare che il risarcimento del danno (8).

Ove al contrario si ritenesse che, in caso di inadempienza all'obbligo di emettere una dichiarazione di volontà negoziale, lo stesso effetto giuridico potesse essere ottenuto per mezzo di una volontà diversa da quella dell'obbligato, questa sì sarebbe menomazione della sua personalità, che in quei limiti è per legge sovrana. Ma una siffatta invasione e menomazione, che verrebbe tipicamente a « restringere il « libero esercizio dei diritti » del debitore, in quel senso in cui questa frase è usata nell'art. 4 delle disp. prel., non può essere ammessa, in ossequio allo stesso articolo, fuori dai casi in cui la legge esplicitamente la autorizzi: il che porta a concludere che la pronuncia del giudice non può, *senza espressa disposizione di legge*, tener luogo della mancata dichiarazione di volontà negoziale dell'obbligato, e deve, *senza espressa disposizione di legge*, limitarsi a condannarlo al risarcimento dei danni derivati dalla sua irrimediabile inadempienza (9).

---

(8) Giustamente quindi si insegna che, almeno *a parte debitoris*, l'art. 1220 non fa altro che stabilire una forma di liquidazione del danno; cfr. Rocco Alf., *Fallimento*, pag. 23, nota; Carnelutti, *Esecuzione*, I, n. 7.

(9) In questo senso si è ormai consolidata la giurisprudenza, la quale, per affermare che dall'inadempimento del contratto preliminare di vendita nasce a carico dell'inadempiente soltanto un'azione di danni, si richiama costantemente

2. — Ma, ove un'espressa disposizione in tal senso esista nel diritto positivo, allora si presenta l'interessante problema della *natura giuridica della sentenza che tien luogo della mancata dichiarazione di volontà negoziale dell'obbligato.*

Il caso tipico, e nella pratica più frequente, di obbligazione ad emettere una dichiarazione di volontà negoziale, è quello del *pactum de contrahendo*, dal quale nelle due parti promittenti nasce l'obbligo di prestarsi reciprocamente, in un secondo momento, alla stipulazione del contratto definitivo. Ma il contratto preliminare non è la sola fonte di un obbligo cosiffatto: che può nascere, oltreché dal contratto, dalla legge, e aver contenuto diverso secondo i casi.

Non è questo il luogo per tentare una compiuta rassegna sistematica, che pur sarebbe interessantissima, di tutte le figure sotto le quali quest'obbligo può presentarsi nel nostro diritto positivo. Non tutte le differenze che passano fra le diverse possibili figure sono rilevanti, per chi si limiti, come io faccio qui, a studiare la natura della sentenza che tien luogo della mancata dichiarazione di volontà: per chi si limiti a studiare soltanto questo aspetto processuale del problema, di una sola differenza tipica sembra utile tener conto, distinguendo i casi in cui l'obbligato sia tenuto ad emettere una dichiarazione di volontà *di contenuto già determinato*, dai casi in cui sia tenuto genericamente ad emettere una dichiarazione di volontà, il cui contenuto sia ancora in tutto o in parte, *da determinarsi.*

a) La prima ipotesi si verifica non soltanto in quei casi in cui la emissione di una dichiarazione di volontà negoziale di determinato contenuto è imposta da speciale disposizione di legge (es. art. 1563, 1564, 2136 Cod. civ.) (10), ma anche tutte le volte in cui le parti, stipulando un contratto preliminare, determinano in esso tutte le clausole che dovranno essere contenute nel contratto definitivo da stipulare. Da un siffatto *pactum de contrahendo* nasce non soltanto l'obbligo generico di prestarsi a concludere il contratto definitivo, ma altresì l'obbligo specifico di concluderlo a determinate condizioni già stabilite (11). Ma vi sono altri casi in cui, pur non esistendo l'obbligo attuale di prestarsi alla conclusione del contratto, esiste però, in pre-

---

al principio *nemo ad factum cogi potest* ed alla infungibilità della prestazione consistente in un fare: cfr. per es. Cass. 17 gennaio 1925, in *Foro ital.*, 1925, I, 147, 15 maggio 1925, ivi, Rep. 1925, v. *Vendita*, nn. 65, 66; 12 gennaio 1926 e 27 aprile 1926, ivi, Rep. 1926, v. *Vendita*, nn. 60, 64; 9 giugno 1927, ivi, Rep. 1927, v. *Vendita*, n. 120; ecc.

(10) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 190, il quale cita anche il caso dell'art. 63 Cod. civ. e quello, ora abolito, dell'art. 134.

(11) Cfr. SALANDRA V., *I contratti di adesione*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, 408.

visione che si addivenga alla conclusione del contratto, l'obbligo eventuale di non concluderlo se non a determinate condizioni: ciò può avvenire quando tra le parti sia stato concluso un accordo preventivo sulle condizioni di un contratto eventuale (il cosiddetto *accordo normativo*, *Normenvertrag* dei tedeschi) o quando agli esercenti di certe professioni o di certi servizî pubblici incomba, per l'offerta da essi fatta al pubblico o per legge, l'obbligo di prestarsi a contrattare, alle condizioni da essi o dalla legge stabilite, con chiunque sia disposto a aderire a tali condizioni (*coazione a contrarre*, *Contrahirungszwang*) (12). In questi casi l'obbligo eventuale di prestarsi a concludere il contratto a determinate condizioni, diventa, ove la eventualità della concreta stipulazione si presenti, obbligo attuale di emettere una dichiarazione di volontà negoziale, corrispondente alle condizioni già preventivamente fissate. Qualcosa di simile si verifica quando, da un contratto collettivo di lavoro concluso da associazioni sindacali, nasce, nei singoli appartenenti alla categoria, l'obbligo di non stipulare il contratto di lavoro individuale a condizioni diverse da quelle fissate nel contratto collettivo (cfr. art. 10 legge 3 aprile 1926) (13).

b) La seconda ipotesi si verifica tutte le volte in cui sia stato stipulato dalle parti non un vero e proprio *pactum de contrahendo* con determinazione delle modalità del futuro contratto definitivo, ma un semplice impegno generico di prestarsi reciprocamente a trattare (*pactum de tractando*) per raggiungere l'accordo sulle condizioni, ancora indeterminate, del futuro contratto. Un obbligo generico di trattare può sorgere anche dalle varie figure obbligatorie esaminate pocanzi, tutte le volte in cui manchi, nell'accordo normativo o nell'offerta al pubblico o nella legge, la determinazione preventiva delle condizioni del contratto da stipulare. Da certe speciali situazioni può nascere anche per legge non solo l'obbligo di trattare per addivenire all'accordo sulle condizioni ancora indeterminate di un contratto da stipulare, ma addirittura l'obbligo (che può anche essere *reciproco* per ambedue le parti) *di raggiungere l'accordo* per la conclusione di un contratto: ciò può avvenire (come meglio si dirà in seguito: n. 7) tutte le volte in cui la legge riconosca un interesse pubblico alla composizione contrattuale di certi conflitti di interessi, e imponga perciò ai titolari di questi interessi l'obbligo di accordarsi per addivenire al contratto che deve eliminare il conflitto.

È stato esattamente osservato (14) che i due elementi nei quali si può scomporre il vincolo giuridico, nascente da un contratto pre-

(12) Cfr. SALANDRA, scritto citato, pagg. 424, 428 e segg.

(13) Su questa materia, cfr. SALANDRA V., cit., pag. 507 e segg.

(14) Cfr. SALANDRA, scritto citato, pag. 423.

liminare già contenente le clausole del futuro contratto definitivo (obbligo di concludere un contratto; obbligo di concluderlo a determinate condizioni), possono anche andare scompagnati, trovandosi il primo senza il secondo (per es. nel generico *pactum de tractando*) o il secondo senza il primo (per es. nell'accordo normativo): talché, in base a questa osservazione si dovrebbero distinguere tre ipotesi: 1°) quella in cui i due obblighi si trovino uniti, 2°) quella in cui vi sia il primo senza il secondo, 3°) quella in cui vi sia il secondo senza il primo. Ho creduto però opportuno in questa mia ricerca, la quale mira soltanto a porre schematicamente in luce differenze processualmente rilevanti, ridurre le tre ipotesi a due, riunendo in un solo caso la prima e la terza, nelle quali entrambe si riscontra, a differenza di quello che accade nella seconda, che, al momento in cui nasce l'obbligo concreto ed attuale di emettere la dichiarazione di volontà, *il contenuto di questa si trova già preventivamente determinato.*

3. — Supponiamo dunque (e non è mio compito esaminare sistematicamente in quali limiti questa supposizione si avveri nel nostro diritto positivo) che la legge, nell'una o nell'altra delle due ipotesi sopra ricordate, consenta all'autorità giudiziaria di sostituirsi all'obbligato nei casi in cui questi non si presti ad emettere la dichiarazione di volontà negoziale a cui è tenuto: tale potere, ho già dimostrato (*retro*, n. 1), dev'essere concesso *espressamente,* o mediante disposizioni concernenti casi speciali (quale era ad es. quella dell'ora abrogato art. 136 Cod. civ.), o mediante una disposizione generica che comprenda tutti i casi possibili, qual'è quella del § 894 della *CPO* germanica, secondo il quale « se il debitore è condannato alla emissione « di una dichiarazione di volontà, la dichiarazione si ha per emessa, « appena la sentenza sia passata in giudicato », o quella del § 367 della *EO* austriaca, che ha contenuto quasi identico.

Ove, in forza di cosiffatte espresse disposizioni, la pronuncia dell'autorità giudiziaria abbia il potere di produrre quegli stessi effetti giuridici che, fuori del processo, non potrebbero derivare che da una dichiarazione di volontà negoziale dell'obbligato, è evidente che la volontà del giudice, operando in luogo dell'obbligato entro quel dominio nel quale normalmente è sovrana la volontà di lui, viene, per forza di legge, a sostituirsi ad essa, la quale, nei limiti in cui questa sostituzione avviene, *cessa di essere indispensabile* per il conseguimento degli stessi effetti. La volizione del debitore, che finora era per legge giuridicamente infungibile, diventa fungibile per legge: lo Stato, che aveva riconosciuto alla persona il potere esclusivo di disporre entro la propria sfera giuridica, ammette che un'altra volontà,

quella del giudice, invada quella sfera giuridica e ne disponga senza e contro la volontà del debitore .

Ma questa incisione della sfera giuridica del privato ha diversa profondità, secondo che si versi nell'una o nell'altra delle due ipotesi sopra distinte. Nel primo caso, quando esiste l'obbligo di emettere una dichiarazione di volontà di contenuto già determinato, in modo che la nuova volizione a cui il debitore è tenuto abbia il carattere di esecuzione di una precedente volizione, il giudice, sostituendosi all'obbligato, nulla aggiunge al contenuto della volontà di questo; il debitore (o la legge per lui) aveva già preparato, prima che il giudice intervenisse, la materia logica della futura volizione, la quale non doveva ormai consistere che in una volizione *meramente esecutiva*, in un atto di impulso quasi meccanico a un congegno logico già caricato: e il giudice, sostituendosi all'obbligato, non deve far altro che dare in sua vece questo impulso, senza uscire dalle modalità predisposte da lui. Quando invece la pronuncia dell'autorità giudiziaria tien luogo di una dichiarazione di volontà il cui contenuto doveva essere determinato dal debitore al momento della volizione definitiva, il giudice non si limita ad attuare i propositi già formulati dall'obbligato, ma addirittura delibera in vece di lui, plasma in sua vece il contenuto della volizione, si sostituisce a lui nel valutare la convenienza e nel concretare le modalità del negozio voluto.

In ambedue i casi, tuttavia, se pur varia la quantità del fenomeno, identica è la sua qualità: si tratta, qua e là, di ottenere, ad opera del giudice, quello stesso risultato giuridico che il debitore era obbligato a produrre colla sua attività volitiva; si tratta, qua e là, di ottenere dalla pronuncia del giudice quello stesso bene che, ove il giudice non avesse dalla legge questo potere di sostituzione, non potrebb'essere conseguito se non attraverso l'attività volitiva, giuridicamente infungibile, del debitore. Qui dunque il giudice non accetta, non condanna, ma *esegue*; siamo cioè di fronte a un caso di esecuzione forzata in forma specifica di una obbligazione di fare. Il giudice fa quello che l'obbligato avrebbe dovuto fare, ma non ha fatto; è come se, non avendo il debitore adempiuto all'obbligazione di dipingere un quadro o di cantare in un concerto, il giudice compiacente, per soddisfare il creditore, si mettesse a dipingere o a cantare in vece dell'obbligato. Senonché, in questo assurdo esempio, la esecuzione forzata in forma specifica sarebbe in realtà fisicamente impossibile, perché lo Stato, onnipotente nel campo del diritto, non può superare la naturale infungibilità e inimitabilità di certe attitudini naturali, né può imporre ai suoi giudici di cantare e dipingere, con soddisfazione del creditore e del pubblico, in luogo del pittore celebre o del famoso tenore. Ma nel campo del diritto lo Stato può tutto: e

come è creazione dello Stato quel riconoscimento di una sfera giuridica individuale, entro la quale è riservata alla persona la potestà esclusiva di disporre, così può lo Stato modificare e limitare questo riconoscimento e ritogliere alla persona questa esclusività, e attribuire a persona diversa o a sé stesso il potere di intervenire nella sfera giuridica altrui, operandovi con poteri pari o superiori a quelli del titolare. Se lo Stato, che nulla può contro le leggi fisiche, non può rendere fungibile una attività che sia infungibile *naturalmente*, può, quando voglia, rendere fungibile ciò che finora era infungibile *solo giuridicamente*, cioè solamente in quel mondo del diritto che lo Stato ha creato e può a suo arbitrio capovolgere (15).

4. — Siamo dunque nel campo della esecuzione forzata: ciò è positivamente riconosciuto da quelle legislazioni processuali, tecnicamente più perfette della nostra, che questa materia disciplinano, con assoluta coerenza sistematica, tra le disposizioni dedicate al processo esecutivo. Senonché a questa concezione, la quale nella pronuncia del giudice che si sostituisce alla mancata dichiarazione di volontà dell'obbligato vede la esplicazione di una attività *sostanzialmente esecutiva*, si può obiettare che questa pretesa attività esecutiva si esplica *in forma di sentenza*. L'atto con cui il giudice *esegue* in luogo dell'obbligato, è qui una sentenza, cioè l'atto con cui tipicamente il giudice *conosce*: come si spiega tale contraddizione tra la sostanza e la forma di quest'atto?

Una parte della dottrina (16) ha creduto di spiegare questa apparente anomalia, sostenendo che qui siamo di fronte a un caso di sentenza *costitutiva*, in cui si riscontra il fenomeno, tipico di questa categoria di sentenze, di una pronuncia del giudice che, invece di dichiarare rapporti giuridici già esistenti, crea rapporti giuridici nuovi; io ritengo però che, se in questo caso l'effetto caratteristico delle sentenze costitutive si verifica all'apparenza, profondamente ne differisce il contenuto, alla sostanza del quale assai meglio aderisce, a mio avviso, l'altra teoria che vede in questa pronuncia una sentenza di condanna accompagnata dalla sua esecuzione forzata (17). Tanto

---

(15) Cfr. Rosenberg, *Lehrbuch d. d. Ziv. Pr. R.*, 1927, § 175, I, 1.

(16) Chiovenda, *Principii*, pag. 190 e segg.; nella letteratura tedesca, Kipp, *Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen*, 1892; Langheineken, *Der Urteilsanspruch*, 1899, pag. 252 e segg., ed ivi altre indicazioni bibliografiche.

(17) Rocco Alfr., *La sentenza civile*, pag. 153, ed ivi autori in nota 40; opinione ormai prevalente nella dottrina tedesca: cfr. Kisch, *Beiträge zur Urtheilslehre*, 1903, pagg. 38-39 e la dottrina anteriore da lui citata ivi, nota 34; posteriormente cfr. in questo senso: Hellwig-Oertmann, *System*, II, § 331; Rosenberg, *Lehrbuch*,

le vere e proprie sentenze costitutive, quanto questa sentenza con cui il giudice si sostituisce alla mancata dichiarazione di volontà dell'obbligato, resultano infatti dalla somma di due elementi eterogenei; ma mentre, nelle sentenze costitutive, all'elemento giurisdizionale (accertamento del diritto ad ottenere il mutamento giuridico) si accompagna un altro elemento che io considero di natura amministrativa (giurisd. volontaria), perché costituente l'esecuzione da parte del giudice di un precetto primaria di cui egli è diretto destinatario (18), in questa sentenza che qui si studia, all'elemento giurisdizionale (condanna dell'obbligato a emettere una dichiarazione di volontà) si accompagna un elemento esecutivo, che ha anch'esso, come il primo, carattere giurisdizionale, in quanto contiene una sostituzione del giudice all'obbligato nell'eseguire in sua vece un precetto di cui questi, e non il giudice, era il diretto destinatario. Nelle vere e proprie sentenze costitutive (e non soltanto in quelle che io chiamo *necessarie*) (19) il diritto ad ottenere il mutamento giuridico è, *fin dal suo nascere*, diretto unicamente verso il giudice (20); non esiste un diritto della parte a conseguire il mutamento giuridico attraverso un'attività della controparte, e una corrispondente obbligazione di questa, dal cui inadempimento nasca poi in un secondo momento il diritto all'intervento del giudice. Nelle sentenze costitutive il mutamento giuridico *non può avvenire che per opera del giudice*: nella sentenza che qui si studia il mutamento giuridico avviene ad opera del giudice, quando e perché in un primo momento il debitore inadempiente ha mancato di prestare quella dichiarazione di volontà, da cui il mutamento giuridico *sarebbe derivato senza intervento del giudice* (21).

Anche qui, dunque, ci troviamo di fronte a una sentenza « oggettivamente complessa » (22), con questa differenza: che mentre la complessità oggettiva delle vere sentenze costitutive è data dalla somma di un elemento giurisdizionale con un elemento amministrativo, la complessità oggettiva risulta nel nostro caso dalla coesistenza in un atto formalmente unico di due elementi *ambedue giurisdizionali*,

---

§ 175, I, e § 214, III; il GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 1929, pag. 317 [2ª ed., pag. 418] parla qui di sentenza che « pur essendo di condanna, è trattata « come costitutiva ». Per il diritto austriaco POLLAK, *System*, 2ª ed., § 203.

(18) *Limiti tra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Studi*, vol. I, pag. 231 e segg.

(19) Cfr. *Lineamenti del processo civile inquisitorio*, in *Studi*, vol. II, pag. 332 e segg.

(20) GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, § 15, 2, *c*), pag. 60 (2ª ed.).

(21) Cfr. *Limiti fra giurisdizione e amministrazione*, cit., n. 9.

(22) Cfr. *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Studi*, vol. II, pag. 211 e segg.

ma appartenenti il primo alla cognizione e il secondo alla esecuzione forzata. La coesistenza di questi due elementi risulta anche esteriormente nei casi non infrequenti in cui il giudice, mentre condanna il debitore alla emissione della dichiarazione di volontà a cui è tenuto, gli assegna un termine per eseguire la condanna e contemporaneamente stabilisce che, allo scadere del termine, gli effetti della mancata dichiarazione di volontà scaturiranno senz'altro dalla sentenza: qui si ha separazione, anche cronologica, tra il momento in cui viene ordinato al debitore l'adempimento sotto minaccia di esecuzione forzata, e il momento in cui, dopo una *vocatio* che corrisponde nella sua funzione a quella del precetto (art. 563 Cod. proc. civ.), ha luogo, scaduto inutilmente il termine, la esecuzione forzata. La stessa coesistenza si ha però, quantunque meno visibile, in tutte le sentenze appartenenti a questa categoria: nelle quali tutte, la costituzione per volontà del giudice degli effetti giuridici che dovevano derivare dalla dichiarazione di volontà dell'obbligato presuppone l'accertamento giurisdizionale, contenuto nella stessa sentenza, della inadempienza di costui.

5. — Il modo con cui lo Stato opera in questo caso nei confronti del debitore, limitando la sua capacità negoziale e compiendo in sua vece, senza e forse contro la sua volontà, negozî che colpiscono la sua sfera giuridica, non è dissimile, nella sua struttura essenziale, dal modo con cui lo Stato opera in generale in ogni forma di esecuzione forzata. L'esecuzione forzata non è tanto e non è sempre impiego della forza materiale sulla persona del debitore o sulle cose ad esso appartenenti, quanto è prima di tutto e in ogni caso invasione della sua sfera giuridica, menomazione di quella esclusività di potere di disposizione, che sulla medesima gli compete e che normalmente è inviolabile (23).

La teoria recentemente enunciata dal CHIOVENDA (24) secondo la quale oggetto della espropriazione forzata non sarebbe il diritto di proprietà, ma la facoltà giuridica concreta di disposizione che spetta al proprietario, mi sembra che meriti qualcosa di più della qualifica di « elegante » con cui il CARNELUTTI l'ha ricordata in un suo

---

(23) Esattamente il GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, pag. 310, definisce la esecuzione forzata « *der zwangsweise Zugriff in die Rechtssphäre des Schuldners zwecks Herbeiführung eines tatsächlichen oder rechtlichen Erfolges, den der Schuldner herbeizuführen verpflichtet ist oder für dessen Herbeiführung er einzustehen hat* ».

(24) *Sulla natura della espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pag. 85 e segg.

scritto (25): quella teoria infatti contiene, se io non mi inganno, il germe fruttuoso di una generale ricostruzione dogmatica di tutto il processo esecutivo, fondata sulla idea che la esecuzione forzata, anche se apparentemente sembra cadere sui soli beni, colpisce in realtà in ogni caso la personalità del debitore, con riduzione di quella capacità d'agire in forza della quale la volontà della persona è normalmente sovrana sulla propria sfera giuridica. Il ravvicinamento, che il CHIOVENDA fa in quel suo lucidissimo articolo (26), fra la figura del debitore sottoposto a esecuzione forzata dello Stato, e la figura del minorenne o di altre persone incapaci, sulla cui sfera giuridica è sovrana per legge la volontà del rappresentante legale, ha un significato assai più profondo di quello che potrebbe derivare da una mera somiglianza esteriore di situazioni: in ambedue i casi, infatti, questo intervento di una volontà estranea a compiere atti di disposizione sulla sfera giuridica pertinente al debitore o al minorenne, non costituisce immediatamente una restrizione oggettiva, starei per dire territoriale, di questa sfera giuridica, una diminuzione dei diritti che sono compresi in tale sfera, ma costituisce soltanto una menomazione dei poteri soggettivi di disposizione che normalmente il titolare ha sulla medesima, cioè, in sostanza, una menomazione della capacità d'agire. Di questo mi pare che non abbia tenuto conto il PUGLIATTI, nella sua critica alla teoria del CHIOVENDA (27): col dire, com'egli fa, che nella espropriazione forzata lo Stato si limita ad annullare il diritto soggettivo nel debitore per investirne altri (28), non spiega quale sia la situazione del debitore espropriando, dall'inizio del processo esecutivo fino alla sentenza di vendita, in quel periodo durante il quale il diritto soggettivo del debitore sui beni non è ancora annullato, mentre è annullata in lui la facoltà di disporre, della quale altri, cioè lo Stato, in quello stesso periodo si vale in vece sua e senza la sua volontà, per operare, mediante la sentenza di vendita, il trasferimento del diritto da lui al nuovo titolare. In altre parole ciò che è difficile e interessante a spiegare nella espropriazione forzata non è ciò che avviene al momento in cui, colla sentenza di vendita, si opera il passaggio del diritto di proprietà dal debitore espropriato all'aggiudicatario, ma ciò che avviene *prima*, quando la cosa soggetta a espropriazione è sempre di proprietà del debitore, ma non è più nella sua disponibilità.

In realtà, in questo periodo, il debitore si trova, prima ancora

---

(25) *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in « Studi in onore di CHIOVENDA », pag. 294.

(26) Scritto cit., pag. 87.

(27) Scritto cit., specialmente pag. 172 e segg.

(28) Scritto cit., pag. 190 e segg.

che la sua sfera giuridica sia stata ristretta e per così dire impoverita dal passaggio dei beni espropriati in una sfera giuridica altrui, in condizione di incapacità di agire *relativa*; relativa intendo, ai diritti che tuttora gli spettano, prima che il passaggio avvenga, su quei beni. Accanto alle persone assolutamente incapaci (minorenni, interdetti) che non possono compiere nessun atto di disposizione sulla propria sfera giuridica, la legge conosce la capacità limitata degli emancipati o degli inabilitati, che su tutti i loro diritti possono compiere soltanto atti di disposizione di minore profondità (non eccedenti la semplice amministrazione), ossia che hanno un potere di disposizione affievolito *su tutta la estensione della loro sfera giuridica*; il debitore soggetto a esecuzione forzata è anch'esso in condizione di capacità limitata, colla differenza che la sua limitazione di capacità consiste, anziché in una attenuazione di potere su tutta la sfera giuridica, in una perdita totale del potere di disposizione sulla sola porzione di questa sfera giuridica che è colpita da esecuzione forzata, conservando piena capacità su tutto il resto (29).

Lo Stato, nell'esecuzione forzata, opera dunque, sia pur con varietà di mezzi estrinseci, sempre collo stesso metodo: *si introduce d'autorità nella sfera giuridica del debitore, per compiervi negozî giuridici in sua vece.* Anche chi non accetti l'insegnamento secondo il quale ciò avviene mediante la espropriazione forzata della facoltà di disposizione spettante al debitore, concepita come un'entità distinta del diritto su cui si dispone e trasferibile separatamente da esso, non può non accorgersi che vi è sempre, in ogni esecuzione forzata di obbligazioni, in periodo durante il quale lo Stato, su diritti che tuttora appartengono alla sfera giuridica del debitore, compie quegli atti di disposizione che normalmente potrebbero esser compiuti soltanto dal debitore; lo Stato cede i crediti del debitore (art. 619 Cod. proc. civ.), vende i suoi mobili o li dà in pagamento (art. 637), vende gli immobili, paga i debiti col danaro trovato presso il debitore o ricavato dalla

---

(29) Non mi pare che sia nel giusto il FERRARA, *Trattato*, I, pag. 461, nota 2, quando insegna che al fallito (e lo stesso si potrebbe dire di ogni debitore espropriato, per ciò che si riferisce ai beni colpiti da esecuzione) non manca sui suoi beni la capacità di disporre, ma la *facoltà di disporre*, così come manca ad ogni persona la facoltà di disporre della cosa altrui. Anche ammettendo che possa farsi tale distinzione tra capacità e facoltà d'agire (su di che PUGLIATTI, scritto cit.), tra i due esempî vi è questa profonda differenza: che, mentre non si può disporre della cosa altrui perché manca oggettivamente il diritto su cui disporre, in quanto la cosa si trova compresa nella sfera giuridica altrui, nel caso del fallimento o della esecuzione forzata il diritto su cui disporre è tuttora nella sfera giuridica del debitore e c'è soltanto una menomazione della attitudine soggettiva di questo a disporne.

vendita dei suoi beni, compie in generale, nel fallimento, tutti i negozî occorrenti per la liquidazione del patrimonio. In tutto questo, ciò che è caratteristico è questa *sostituzione della volontà dello Stato alla volontà negoziale del debitore, la quale precede in ogni caso, nella esecuzione forzata delle obbligazioni, l'impiego della forza fisica.*

In fondo c'è in tutto questo la conferma di un principio fondamentale in materia di esecuzione forzata; che, cioè, mentre l'impiego della forza fisica è inadeguato e impotente, data la incoercibilità dell'azione umana, di fronte all'inadempimento di una obbligazione che può esser soddisfatta soltanto dalla azione volontaria del debitore, la forza fisica può efficacemente intervenire a tutela di un diritto reale, per rimuovere l'ostacolo materiale frapposto al godimento della cosa dal non domino che abbia violato il proprio obbligo di astensione (30). Partendo da questa constatazione pratica, il procedimento per l'esecuzione forzata delle obbligazioni è ingegnosamente preordinato allo scopo di render possibile contro il debitore l'impiego della forza fisica. Per arrivare a questa possibilità di modificazioni meccaniche del mondo esterno, lo Stato, non potendo sottrarsi alle leggi naturali, non ha altra via che quella di operare prima una modificazione di quel mondo giuridico in cui esso può tutto, sostituendosi alla volontà negoziale del debitore, ed operando in sua vece, sulla sfera giuridica di lui, tutti gli atti che possono servire a far uscire dalla medesima i diritti che finora vi appartenevano; sì che, di fronte a questi diritti, il debitore venga a trovarsi, in seguito al loro passaggio in una sfera giuridica altrui, in condizione di non dominio, tenuto — anche, occorrendo colla forza fisica — a non ostacolare il godimento del domino. Scopo della esecuzione forzata delle obbligazioni è dunque quello di *trasformare il debitore in non domino*; strumento per effettuare tale trasformazione è la sostituzione della volontà dello Stato alla volontà negoziale del debitore, per compiere in sua vece sulla sfera giuridica a lui propria tutti i negozî coi quali egli solo poteva finora produrre il passaggio dei proprî diritti dalla sua sfera giuridica in quella altrui.

Siffatta sostituzione si opera anche, per tornare al nostro caso, nei casi in cui il giudice produce mediante sentenza quegli stessi effetti giuridici che dovevano scaturire dalla mancata dichiarazione di volontà negoziale dell'obbligato; o che lo Stato, mediante la sentenza di aggiudicazione, venda al maggiore offerente la cosa del debitore, o che lo Stato, mediante la sentenza che qui si studia, costituisca gli effetti giuridici del contratto alla cui stipulazione il debitore

---

(30) Rocco Alfr., *Fallimento*, nn. 9-10; Carnelutti, *Esecuzione*, nn. 8-9.

era tenuto, — nell'un caso o nell'altro c'è una identica menomazione, operata dallo Stato, della capacità negoziale del debitore. La differenza è soltanto questa: che nel secondo caso e non nel primo la pronuncia del giudice rappresenta, di fronte all'inadempimento della obbligazione originaria, una esecuzione forzata *in forma specifica.*

6. — Da questo concepir la pronuncia che si sostituisce alla mancata dichiarazione di volontà come un atto di esecuzione forzata, derivano notevoli conseguenze sulla posizione sistematica di essa e dell'azione che ad essa corrisponde. Se con tale pronuncia oggettivamente complessa si ottiene non solo un accertamento, ma altresì una esecuzione forzata, l'azione che ha per oggetto quella pronuncia, quantunque esteriormente miri ad ottenere un atto unico che ha forma di sentenza, cumula in sé un'azione di condanna *con un'azione esecutiva.* Per questa azione, che appartiene sotto un aspetto al processo di cognizione e sotto un altro al processo esecutivo, si potrebbe forse adoperare l'antica qualifica di azione *mista*, in senso diverso e più esatto di quello con cui l'adoperava un tempo la dottrina.

Si ha qui il fenomeno di una azione esecutiva che viene proposta *in eventum, prima che esista il titolo esecutivo*: il quale è costituito dall'accertamento giurisdizionale della inadempienza dell'obbligato, che è tutt'uno colla sentenza che contiene insieme l'atto di esecuzione. Il giudice dunque opera nello stesso atto come organo giudicante e come organo esecutivo: soddisfa l'azione esecutiva allo stesso momento in cui coll'accertamento le dà vita. Talvolta, come già si è accennato, tra il momento in cui è accertata la inadempienza e il momento in cui si compie la esecuzione forzata, può esservi un certo intervallo cronologico costituito dal termine che nella stessa sentenza è dato al debitore per adempiere al suo obbligo di emettere la dichiarazione di volontà (caso analogo a quello previsto dall'art. 565 Cod. proc. civ.). Si intende poi che questa coesistenza della esecuzione forzata coll'accertamento opera solamente in quanto la sentenza sia esecutiva: in caso contrario, ove si tratti di sentenza soggetta a gravame e non provvisoriamente esecutiva, si avrà, insieme coll'accertamento soggetto a condizione sospensiva, anche *una esecuzione sospensivamente condizionata*, cioè una esecuzione di fatto già compiuta, ma destinata a diventare efficace solo se la sentenza, nella quale è contenuta, passi in giudicato.

Giova infine osservare che la sentenza considerata finora, la quale è già in se stessa un atto di esecuzione forzata, può a sua volta essere titolo per la esecuzione delle obbligazioni, che (come dal negozio di cui essa tiene il posto) da essa scaturiscono. Come nel diritto sostanziale può concepirsi l'adempimento di obbligazioni nascenti da un

negozio che a sua volta costituisce l'adempimento di una precedente obbligazione di negoziare, così dall'atto del giudice che soddisfa l'azione esecutiva della parte può, nel caso nostro, sorgere una nuova azione esecutiva per l'adempimento di ulteriori obbligazioni a cui la sentenza ha dato vita. L'atto di esecuzione diventa così, a sua volta, titolo esecutivo per una esecuzione ulteriore. Dal contratto definitivo di vendita, stipulato in adempimento di un precedente contratto preliminare, scaturisce nel venditore l'obbligo di consegnare la cosa; dalla sentenza che eseguendo forzatamente l'obbligo di contrarre derivante dal contratto preliminare dichiara conclusa la vendita e passata nel compratore la proprietà della cosa, nasce in questo una nuova azione esecutiva per ottenere forzatamente la consegna della cosa, ormai entrata nella sua sfera giuridica. Anche qui si verifica dunque, attraverso l'intervento della volontà dello Stato sostituente la volontà negoziale dell'obbligato, quella trasformazione del debitore in non domino, che rende possibile contro di lui, attraverso il procedimento contemplato dagli art. 741 e segg. Cod. proc. civ., l'esercizio della coazione fisica.

7. — Le considerazioni che ho svolto finora si riferiscono tutte quante, dei due tipi di obbligo di emettere una dichiarazione di volontà sopra considerati (n. 2), a quello più semplice: a quello cioè in cui l'obbligato sia tenuto ad emettere una dichiarazione di volontà di contenuto *già determinato*.

Più difficile si presenta il problemo nei casi in cui per il debitore sussista soltanto un obbligo generico di emettere una dichiarazione di volontà *il cui contenuto sia ancora da determinarsi*: qui, ove la legge consenta espressamente al giudice di determinare in vece dell'obbligato il contenuto della dichiarazione di volontà e di volere in vece di lui in conformità di tale determinazione fatta d'autorità, l'invasione della sfera giuridica del debitore appare assai più profonda che nel caso finora esaminato, perché il giudice, invece di limitarsi a dar forma autoritativamente obbligatoria a un contenuto già predisposto in tutte le sue modalità dall'obbligato, deve entrare addirittura a valutare gli interessi di lui e quasi a indovinarne le riposte intenzioni.

A un fenomeno che ha qualche relazione col nostro caso si riferisce la dottrina, quando considera come una categoria a parte le sentenze *determinative* (31) o *dispositive* (32) comprendendo sotto

---

(31) Chiovenda, *Principii*, pag. 195; cfr. Kisch, *Urtheilslehre*, pag. 110 e segg. (*festsetzende Urteile*); Otto Mayer, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, in *Archiv für öff. R.*, XXI, pag. 1 e segg. (*verfügende Urteile*).

(32) Carnelutti, *Lezioni*, II, n. 72.

questa espressione tutte le sentenze mediante le quali il giudice sia chiamato a determinare nel processo, *secondo equità*, il contenuto della prestazione o altro elemento di un rapporto giuridico che con tutti gli altri suoi elementi preesiste al processo. Giustamente però è stato osservato (33) che questa categoria di sentenze determinative o dispositive non si può, senza incoerenza sistematica, considerare come un *quartum genus* da porsi sullo stesso piano delle tre categorie ormai classiche delle sentenze di mero accertamento, di condanna e costitutive: questa quarta categoria manca infatti, nei confronti delle altre tre, di omogeneità, in quanto è diverso il criterio di classificazione in base al quale essa è formata. La distinzione delle sentenze nei tipi comunemente conosciuti si basa sulla diversa natura giuridica della conclusione del sillogismo; il gruppo delle sentenze determinative o dispositive si basa invece sulla speciale natura della premessa maggiore, che è in esse invece di una norma di diritto, una regola di equità. Ma sentenze aventi tale caratteristica possono trovarsi indistintamente in ciascuno dei tre tipi surricordati, giacché possono esservi sentenze in cui l'accertamento o la condanna o la costituzione di nuovi effetti giuridici avvenga in base a criterî equitativi (34).

Non si coglierebbe dunque la caratteristica essenziale del fenomeno se ci limitassimo a dire che la sentenza che qui si studia è semplicemente una sentenza *determinativa* o *dispositiva*, con cui il giudice fissa secondo equità il contenuto di una prestazione ancora indeterminata: si rimarrebbe, dicendo così, alla superficie del fenomeno. Bisogna invece, per approfondir la sua essenza, considerare la speciale natura che ha in questo caso la prestazione dell'obbligato (dichiarazione di volontà negoziale), nonché lo speciale effetto che ha qui la pronuncia del giudice, che non si limita a determinare in vece dell'obbligato il contenuto di tale prestazione, ma addirittura, in conformità di questa determinazione fatta di autorità, produce gli stessi effetti giuridici che sarebbero scaturiti dall'adempimento del debitore. Siamo dunque anche qui, e questo è il punto essenziale, nel campo della esecuzione forzata: esecuzione forzata *determinativa* o *dispositiva*, se così si vuol dire per aver riguardo alla determinazione equitativa che qui il giudice deve compiere prima di eseguire, ma insomma, anche qui (ed anzi qui in misura più ampia che altrove) sostituzione dell'autorità giudiziaria all'obbligato nel disporre in sua vece sulla sfera giuridica che gli appartiene, e quindi, tipicamente e schiettamente, esecuzione forzata in forma specifica.

---

(33) Raselli, *Appunti intorno alla funzione della Magistratura del Lavoro*, in « Studi in onore di Chiovenda », pag. 720.

(34) Scritto cit., pagg. 720, 722 e note.

Il fenomeno è evidente nei casi più semplici in cui, mancando la dichiarazione di volontà da parte di uno solo dei contraenti, l'autorità giudiziaria è chiamata a sostituirsi soltanto all'inadempiente, e a dar vita così, combinando la propria pronuncia colla dichiarazione di volontà dell'altro contraente adempiente, al negozio giuridico. Il debitore deve dichiarare entro qual termine vuole eseguire l'obbligazione; se non adempie a quest'obbligo, l'autorità giudiziaria stabilisce in sua vece il termine conveniente, e questa pronuncia del giudice esercita sul negozio lo stesso effetto giuridico che sarebbe stato prodotto dalla dichiarazione del debitore (art. 1173 Cod. civ.).

Ma vi sono casi assai più complicati, in cui l'autorità giudiziaria è chiamata non a sostituirsi alla mancata dichiarazione di volontà di una sola parte, ma addirittura *al mancato accordo di ambedue le parti*: in cui la pronuncia del giudice non si limita a determinare quello che avrebbe dovuto essere il contenuto della dichiarazione di volontà di una delle parti, ma determina addirittura quello che avrebbe dovuto essere il resultato del negozio, se le parti, impegnate genericamente a trattare, fossero riuscite reciprocamente a equilibrare il contenuto delle loro volontà negoziali, in modo da farle coincidere nel contratto. In questi casi, in cui l'autorità giudiziaria, assidendosi sul confine che separa le rispettive sfere giuridiche dei due contraenti, si introduce in entrambe, e su entrambe dispone in luogo della volontà del titolare, vien naturale il richiamo alla funzione dell'*arbitrator* (35). Ma, anche qui, accontentarsi di questo richiamo vorrebbe dire fermarsi alla superficie: l'efficacia obbligatoria che ha per le parti la determinazione stabilita dall'*arbitrator* trova il fondamento nella loro volontà (36); ma ove analoga determinazione sia fatta dal giudice contro la volontà di una parte (o addirittura, come ora si dirà, contro la volontà di entrambe), non si può più cercare il fondamento della obbligatorietà di questa determinazione nella volontà delle parti considerata sotto l'aspetto privatistico: e la spiegazione non può più esser cercata che nel campo pubblicistico della esecuzione forzata.

Per lo più, quando l'autorità è chiamata a sostituirsi, più che alla mancata dichiarazione di volontà unilaterale di una parte, al mancato accordo di ambedue le parti, ciò avviene perché entra in giuoco *un interesse pubblico alla conclusione del contratto fra privati*, in omaggio al quale lo Stato vuole che gli effetti del contratto si raggiungano anche facendo a meno della volontà di una delle parti e perfino, in certi casi, di quella di ambedue. Normalmente, nel campo

---

(35) Chiovenda, *Principii*, pag. 195; Scaduto, *Gli arbitratori nel diritto privato*, 1923, n. 47.

(36) Cfr. Scaduto, *op. cit.*, n. 28.

privato, lo Stato non lascia alle persone, per comporre i loro conflitti di interessi economici, altro mezzo che il contratto; se attraverso il contratto il conflitto è eliminato, meglio per loro; ma se le parti non riescono a mettersi d'accordo e le trattative falliscono, lo Stato non vede, in questo perdurare del conflitto di interessi che il contratto avrebbe potuto comporre, un motivo per intervenire. Se io mi sono innamorato di un bel quadro esposto in una vetrina di un antiquario, ma questi per vendermelo mi chiede un prezzo troppo superiore ai miei mezzi, lo Stato non si allarma perché il mio desiderio di avere il quadro sia rimasto insoddisfatto o perché l'antiquario non abbia potuto fare un buon affare col vendermelo al prezzo da lui preteso: e lascia, lo Stato, che io vada in cerca di quadri meno costosi, e l'antiquario in cerca di clienti meglio forniti. Ma vi sono invece dei casi in cui lo Stato non resta indifferente alla conclusione dei contratti tra privati, e in cui, se il contratto non si conclude, vede in questo perdurare del conflitto economico, che attraverso il contratto sarebbe stato eliminato, una minaccia a interessi collettivi che lo spinge a fare intervenire il giudice, il quale *appunto in questi interessi collettivi trova il criterio per determinare, in luogo delle parti, il contenuto del negozio*. È proprio in questi casi che la natura della sentenza merita di essere studiata più profondamente di quanto si sia fatto finora, e proprio sotto quel profilo di atto di esecuzione forzata che ho cercato di mettere in luce in questo saggio.

Non è questa la sede per un siffatto studio approfondito, il quale potrebbe giungere a fondate conclusioni generali soltanto attraverso un luogo ed attento esame particolare di tutte le disposizioni del nostro diritto positivo, dalle quali si può desumere la esistenza di un interesse pubblico alla conclusione di un contratto tra privati, al cui sodisfacimento l'intervento della sentenza del giudice in luogo del contratto debba intendersi preordinato. Di queste svariate e numerose disposizioni potrebbe farsi una specie di scala graduata, secondo la crescente intensità del fenomeno: partendo da quelle disposizioni del Codice civ., in cui di un siffatto interesse pubblico si ha appena un accenno vago e quasi inconsapevole (es. art. 544), si dovrebbe salire a quelle disposizioni eccezionali del periodo bellico e postbellico con cui l'autorità giudiziaria è stata chiamata a fissare, in mancanza di accordo tra le parti, il contenuto economico di certe prestazioni contrattuali, intorno alle quali il perdurare del conflitto di interessi fra contraenti si presentava singolarmente pericoloso per la pace sociale (determinazione dell'equo prezzo di certe merci, o dell'equo fitto delle locazioni: cfr. per ultimo l'art. 1 del r. decr. legge 3 giugno 1928, n. 1155, secondo il quale il pretore « *in mancanza di accordo...* « stabilirà se vi sia luogo ad aumento e ne *determinerà la misura* »);

e si dovrebbe sboccare, come meta ultima d'arrivo, a quelle disposizioni della legge 3 aprile 1926, n. 563, le quali hanno istituito nella Magistratura del Lavoro un organo tipicamente destinato a regolare i rapporti collettivi di lavoro in mancanza di accordo tra le associazioni sindacali (art. 15 della l. citata). In tutti questi casi, e in ispecie nell'ultimo che è il più importante socialmente, e dogmaticamente il più interessante come quello che presenta il fenomeno giunto al suo completo sviluppo, si dovrebbe studiare se ed in qual misura questo interesse pubblico alla composizione contrattuale di interessi privati venga a dare colorazione pubblicistica al rapporto, e possa far sorgere, al disopra dell'obbligazione di trattare che le parti possano avere, per legge o per patto fra loro intercorso, *l'una verso l'altra*, un'obbligazione di concludere il contratto, che ambedue le parti possano avere, come coobbligate, *verso lo Stato*. Un siffatto dovere di porre in essere il contratto collettivo la dottrina giustamente riconosce nelle associazioni sindacali (37); ma resta a vedere se questo *dovere di accordarsi*, che ambedue le associazioni hanno come coobbligate nei confronti dello Stato (e di cui è indice eloquente, quell'art. 68 del decreto 1° luglio 1926, n. 1130, che legittima il Pubblico Ministero a esercitare l'azione nell'inerzia di ambedue le associazioni), lasci tuttavia sussistere in esse, quando si considerano non più come coobbligate di fronte allo Stato ma come contrapposte l'una di fronte all'altra, un reciproco dovere di emettere una dichiarazione di volontà, in mancanza della quale la sentenza della Magistratura del Lavoro, che regola in vece delle associazioni il rapporto collettivo, si possa considerare, nei confronti delle associazioni interessate, come *atto di esecuzione forzata*.

Sulla natura giuridica delle sentenze della Magistratura del Lavoro non mi pare che sia stata detta ancora l'ultima parola. Ma forse alla soluzione del problema si potrà utilmente lavorare seguendo l'ordine di idee da me qui tracciato; il quale potrà servire anche per inquadrare l'istituto della Magistratura del Lavoro in quel vasto movimento di riduzione della iniziativa privata, che in tutti i campi, e non solo nell'ordinamento italiano, si nota in quest'ultimo decennio. In misura sempre più vasta, con pressione sempre crescente, lo Stato penetra a grado a grado in quelle zone che fino a ieri erano lasciate alla libera disposizione della volontà privata: la sovranità del singolo sulla propria sfera giuridica si trova sempre più, se non abolita, controllata.

---

(37) Cfr. RASELLI, *Sommario del corso di diritto corporativo*, in « Studi senesi », 1929, pag. 96.

In questa generale permeazione del diritto pubblico nei territorî sempre più angusti del diritto privato, il fenomeno, da me appena rilevato in questo saggio, meriterebbe di essere studiato a parte con grande attenzione; esso rivela infatti che lo Stato, invece di sottrarre bruscamente alla negoziabilità privata, per regolarli direttamente in via legislativa, rapporti che fino a ieri furono lasciati alla libera disposizione dei singoli, si limita in un primo tempo a istituire sul regolamento di questi rapporti, lasciato ancora ai privati, una speciale ingerenza dell'autorità giudiziaria, la quale deve far sì che tale regolamento si attui anche quando la volontà dei privati venga a mancare, e sempre in conformità dell'interesse pubblico. La facoltà di disposizione dei privati resta dunque, ancora, riconosciuta; ma al disopra di essa lo Stato, a difesa di interessi pubblici che potrebbero esser compromessi se tale facoltà di disposizione restasse inerte, tiene in riserva la esecuzione giurisdizionale forzata, forse preannunciatrice della legislazione che verrà domani (38).

---

(38) Cfr., per una analoga funzione di preparazione della attività legislativa, attribuita dallo Stato alle giurisdizioni di equità, il mio scritto *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Studi*, vol. II, pag. 1 e segg.

XII

LA NATURA GIURIDICA DELLE DECISIONI DELLA MAGISTRATURA DEL LAVORO IN ITALIA (*)

SOMMARIO: 1. Caratteri di queste decisioni secondo la legge 3 aprile 1926: posizione del problema. — 2. Confronto della efficacia generale di queste decisioni cogli effetti della cosa giudicata. — 3. Id. colla efficacia dei « precedenti » obbligatorî. — 4. Id. cogli « arrêts de réglement » dei parlamenti francesi. — 5. Duplice aspetto delle decisioni della M. d. L., secondoché si considerano di fronte alle associazioni o di fronte ai singoli. — 6. Il contratto collettivo nei confronti dei singoli e nei confronti delle associazioni contraenti. — 7. Le decisioni della M. d. L. nei confronti dei singoli. — 8. Id. id. nei confronti delle associazioni.

1. — La legge 3 aprile 1926 n. 563 che, integrata dal r. decr. 1° luglio 1926 n. 1130, ha posto in Italia le basi del vigente ordinamento corporativo, ha affidato alla Magistratura del Lavoro, organo permanente istituito per decidere i conflitti *collettivi* del lavoro (quelli che l'art. 13 della surricordata legge chiama « le controversie relative alla disciplina dei rapporti collettivi del lavoro ») la risoluzione di due tipi di controversie collettive (1), che nella dottrina si sogliono designare colla rispettiva qualifica di *giuridiche* e di *economiche*, cioè le controversie che concernono « l'applicazione dei contratti collettivi o di « altre norme esistenti » e quelle che concernono « la formazione di « nuove condizioni di lavoro » (art. 13 cit.; art. 71 r. decr. 1° luglio 1926).

Le decisioni della Magistratura del Lavoro sui conflitti collettivi, quantunque dal legislatore siano per la loro forma denominate

---

(*) [Pubblicato in « Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény », Paris, Sirey, vol. III, 1934, pagg. 163-186, con traduzione in lingua francese, in calce, di A. LEVET. Ristampato in *Studi*, III, pagg. 141-157]. [*Bibliografia*, n. 192].

(1) Delle controversie *individuali* del lavoro, che il r. decr. 26 febbraio 1928 n. 471, attribuisce alla competenza di primo grado dei Pretori e dei Tribunali del Lavoro, e per le quali la Magistratura del Lavoro ha solo competenza d'appello, non si parla nel presente studio: l'ufficio che per esse esercita la Magistratura del Lavoro è infatti schiettamente giurisdizionale e non differisce, funzionalmente, da quello degli ordinarî tribunali civili.

« sentenze » (cfr. specialmente gli art. 85 e segg. del r. decr. 1° luglio 1926), hanno in realtà una funzione ed una efficacia che appaiono sostanzialmente diverse da quelle delle sentenze ordinarie. Infatti, mentre è inseparabile dal comune concetto di sentenza il carattere di pronuncia *speciale e concreta* (*lex specialis*), con effetti limitati al singolo rapporto controverso sul quale essa « *facit ius inter partes* », le sentenze della Magistratura del Lavoro, di cui si parla, hanno, come i contratti collettivi, il caratteristico effetto di dar vita, per i singoli lavoratori e datori di lavoro, a norme generali ed astratte, le quali per essi non regolano in concreto un rapporto (o una pluralità di rapporti) già esistente, ma stabiliscono in anticipo, in forma ipotetica, il regolamento che dovrà valere in tutti i casi, concepiti come possibili in serie indeterminata, di stipulazione di contratto di lavoro individuale fra appartenenti a certe categorie (cfr. artt. 10 e 17 legge 3 aprile 1926; art. 87 r. decr. 1° luglio 1926).

D'altra parte, mentre è carattere tradizionale della sentenza quello di essere *dichiarativa* e non innovativa del diritto preesistente, le decisioni della Magistratura del Lavoro, quando, per controversie cosiddette *economiche*, contengono la « formulazione di nuove condizioni « di lavoro », hanno l'effetto di creare, per tutti gli appartenenti alle categorie interessate nel conflitto, norme obbligatorie, le quali modificano il diritto preesistente e pongono per l'avvenire diritto nuovo.

I caratteri, per i quali queste decisioni della Magistratura del Lavoro si distinguono dalle comuni sentenze, sono dunque gli stessi per cui dalle comuni sentenze si distingue la legge in senso sostanziale: sopra tutto è notevole in queste decisioni (non solo in quelle che risolvono controversie collettive cosiddette *economiche*, ma anche in quelle che risolvono controversie collettive cosiddette *giuridiche*) quella forma logica di giudizio ipotetico che siamo abituati a considerare tipica della legge, la quale prevede in astratto una certa fattispecie e stabilisce in ipotesi per essa certe conseguenze giuridiche, che dovranno poi entrare in vigore solo ed in tutti i casi in cui la fattispecie astrattamente prevista si verifichi in concreto nella realtà. Così la decisione della Magistratura del Lavoro che pronunci su una controversia collettiva *giuridica* (cioè concernente « l'applicazione dei « contratti collettivi o di altre norme esistenti ») si potrà assimilare alla interpretazione autentica o legislativa, che « in modo per tutti « obbligatorio » (art. 73 Statuto), cioè in forma generale ed astratta, interpreta retroattivamente *senza innovarlo* il diritto preesistente (2);

---

(2) Cfr. Azzariti S., *Sulla distinzione tra controversia collettiva e contr. individuale del lavoro*, in *Mass. Giur. Lavoro*, 1931, pag. 18 dell'estratto. Sulla retroattività delle leggi interpretative, cfr. il noto studio del Cammeo, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.*, 1907, pag. 21 e segg. dell'estratto.

mentre la decisione relativa ad una controversia collettiva economica si potrà avvicinare addirittura alla legge innovativa che in forma generale ed astratta crea nuovo diritto per l'avvenire.

Si avrebbe dunque, nelle pronuncie della Magistratura del Lavoro sulle controversie collettive, un fenomeno, non infrequente nel campo del diritto pubblico, di discordanza tra la forma e la sostanza del provvedimento: queste decisioni, le quali appaiono giurisdizionali se si guarda al *soggetto* da cui emanano, che è una autorità giudiziaria, o alla *forma* nella quale sono emanate, che è quella propria dei provvedimenti in cui si esplica il potere di cognizione dei giudici, dovrebbero invece esser considerate come provvedimenti legislativi da chi guardi al loro contenuto oggettivo, ai loro effetti sostanziali: sarebbero, in altre parole, leggi in senso sostanziale, emanate, in forma di sentenza, da un organo giudiziario.

Questa discordanza tra forma e sostanza, tra contenuto oggettivo del provvedimento e soggetto che lo emana, non è una novità per la moderna dottrina giuspubblicistica, ed in ispecie per quella processualistica: la quale in questi ultimi decennî ha lavorato con grande forza di penetrazione a mettere in chiaro la sostanziale diversità di contenuto, per la quale si distinguono provvedimenti giudiziarî, che, pur essendo emanati nella stessa forma di sentenza, costituiscono in realtà esplicazione di diversi momenti della funzione giurisdizionale; talché, accanto alle sentenze che sono veri atti di cognizione, si hanno quelle che sostanzialmente costituiscono atti di esecuzione forzata, o che addirittura, sotto forma giurisdizionale, contengono la sostanza di un provvedimento amministrativo, od anche la somma e la combinazione di un atto di cognizione con uno di esecuzione, o di un atto giurisdizionale con uno amministrativo (sentenze cosiddette « oggettivamente complesse ») (3).

Anche per definire la vera essenza delle decisioni della Magistratura del Lavoro di cui qui ci occupiamo, potremo dunque servirci di questi ingegnosi strumenti concettuali di analisi e di distinzione fra forma e contenuto, che la dottrina processualistica più recente, specialmente in Italia, ha saputo utilmente affilare (4).

2. — Si deve escludere innanzi tutto che la efficacia normativa generale ed astratta delle sentenze della Magistratura del Lavoro

---

(3) Cfr. gli scritti nel vol. I, pag. 231 e nel vol. II, pag. 211 degli *Studi*.

(4) In proposito si consultino sopra tutto i lavori fondamentali del CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo* (1928) e *Funzione del processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, pag. 108 e segg.

possa comunque essere interpretata come un fenomeno di estensione del giudicato: l'efficacia del giudicato colpisce in ogni caso un determinato e concreto rapporto *già esistente*, o una pluralità di concreti rapporti *già esistenti*; e quand'anche, per certi processi (per es. nei processi civili su questioni di stato o nei processi penali) la dottrina parli talvolta di cosa giudicata che si formerebbe *erga omnes* invece che *inter partes*, non vuol significare con questo che l'autorità obbligatoria del giudicato possa estendersi in questi casi a rapporti astrattamente considerati come possibili nell'avvenire, ma solo che in questi casi la decisione intervenuta sul concreto rapporto controverso debba essere operativa, come decisione di quel concreto rapporto, anche verso i terzi, o che il giudicato formatosi su quel rapporto concreto debba riflettersi su altri rapporti *già esistenti e connessi in concreto con quello deciso*. Di tutt'altra natura è la efficacia normativa delle sentenze della Magistratura del Lavoro; quand'essa, decidendo il conflitto insorto fra le associazioni sindacali, che hanno la veste di parti nel processo collettivo (cfr. art. 68 e 71 r. decr. 1° luglio 1926) detta in loro vece le condizioni alle quali dovranno assoggettarsi tutti coloro che nell'avvenire vorranno stipulare un contratto individuale di lavoro, non ha dinanzi a sé una pluralità di rapporti concreti da giudicare, quale si avrebbe se fosse chiamata a decidere cumulativamente su una pluralità di contratti individuali già esistenti (nel qual caso il conflitto apparentemente collettivo si ridurrebbe a una somma di conflitti individuali concreti, sottoposti in blocco a un unico giudizio: cosiddetto conflitto *cumulativo*) (5) ma ha dinanzi a sé *un solo rapporto concreto*, che è quello tra le associazioni sindacali in conflitto, dalla cui soluzione scaturirà una norma astratta, posta per tutta una serie indeterminata di possibili rapporti tra individui, cioè per tutti i contratti individuali di lavoro che gli appartenenti alle categorie interessate potranno *eventualmente* stipulare nell'avvenire. Tutto questo fa chiaramente comprendere che, se efficacia di giudicato può vedersi nelle decisioni della Magistratura del Lavoro quando le consideriamo nei confronti dell'*unico rapporto concreto* su cui essa è chiamata a decidere (cioè nei confronti del rapporto *tra associazioni sindacali*) (cfr. oltre, n. 8), l'efficacia normativa che queste decisioni esercitano in astratto su tutta la serie dei rapporti individuali possibili in futuro ma non ancora esistenti, non ha niente a che vedere colla autorità della cosa giudicata, ma ha al contrario tutti gli effetti che sono proprî della legge: perché se regolare in concreto un rapporto già esistente è proprio del giudice, regolare in astratto una serie di rap-

---

(5) Cfr. CARNELUTTI, *Funzione del processo del lavoro*, cit., n. 9.

porti non ancora esistenti, ma considerati come possibili nell'avvenire, è proprio del legislatore.

3. — L'efficacia normativa delle decisioni della Magistratura del Lavoro non è neanche paragonabile a quella che i precedenti giudiziarî possono esercitare sui casi simili, quando la stessa questione giuridica già decisa una prima volta si ripresenti in occasione di una nuova controversia. Questa efficacia dei *praeiudicia* può esercitarsi *di fatto*, come accade negli ordinamenti dell'Europa continentale, in cui il precedente giudiziario ha sui giudici una efficacia puramente morale e psicologica, che la Corte di Cassazione, o i tribunali supremi costruiti a sua somiglianza, coordinano e disciplinano (6); oppure può essere riconosciuta *di diritto* come nel sistema angloamericano dei precedenti obbligatorî (7), nel quale il giudice è tenuto a *stare decisis*, cioè ad applicare come legge le massime giurisprudenziali stabilite in casi simili in altri giudizî anteriori. Ma, in ambedue i sistemi, la massima giurisprudenziale che assume successivamente in altri processi la efficacia di « precedente », trae vita dalla decisione di un singolo rapporto concreto, in relazione al quale il giudice ha avuto occasione di formulare, come premessa maggiore del suo sillogismo, una massima di diritto che è poi apparsa applicabile ad altri casi simili. Il precedente giudiziario, insomma, si desume da una vera sentenza, la quale, nella sua conclusione concernente il singolo caso deciso, non è altro che un atto giurisdizionale, suscettibile di passare in giudicato: senonché in questo sillogismo, di cui la conclusione è una sentenza, la premessa maggiore viene per sovrappiù utilizzata a regolare per il futuro tutti i casi simili, con efficacia normativa di natura sostanzialmente legislativa. Nel sistema dei precedenti obbligatorî l'atto che formalmente è una sentenza si può dunque considerare sotto l'aspetto sostanziale come la combinazione di un atto giurisdizionale (conclusione) con un atto legislativo (premessa maggiore); ma l'atto legislativo non è altro che una conseguenza riflessa e si potrebbe dire involontaria dell'atto giurisdizionale, perché lo scopo diretto ed immediato, che il giudice si propone, è solo quello della decisione giurisdizionale di una controversia concreta.

È facile intendere come tutto questo non abbia niente di comune colla efficacia normativa delle decisioni della Magistratura del Lavoro: la quale, quando stabilisce, in occasione di un conflitto tra associazioni sindacali, le condizioni di lavoro che dovranno in seguito

(6) Cfr. la mia *Cassazione Civile* (Torino, 1920), vol. II, nn. 20-40.

(7) *Op. cit.*, vol. I, nn. 242-243, vol. II, n. 35; Cammeo, *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni* ecc., in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, II, pag. 537 e segg., n. 3.

essere osservate nei contratti individuali, non giudica su un singolo e concreto rapporto individuale la cui decisione debba poi di riflesso valere, a guisa di modello, per tutti i conflitti individuali simili, ma giudica su un conflitto tra associazioni, allo scopo immediato e diretto di formulare, in vece di esse, le condizioni di lavoro che dovranno valere per tutti i contratti individuali futuri; tale formulazione non viene dunque desunta in via indiretta dalla premessa maggiore del sillogismo, ma ne costituisce invece la aperta conclusione. Nel sistema dei precedenti giudiziarî obbligatorî il giudice è chiamato a decidere una controversia di specie, e se da questa sua decisione si desumono in seguito norme di carattere generale, ciò avviene senza la diretta volontà del giudice, quasi si direbbe a sua insaputa; nel sistema corporativo italiano, invece, la Magistratura del Lavoro è chiamata direttamente, come suo proprio ufficio, a porre, nel dispositivo della sua pronuncia, norme di carattere generale, la cui formulazione costituisce il punto d'arrivo della sua funzione.

4. — Maggiori punti di somiglianza colle decisioni della Magistratura del Lavoro si possono riscontrare invece in quelle pronuncie di cui gli antichi parlamenti francesi, corti giudiziarie di secondo grado sotto l'*ancien régime*, si servivano per mettere in vigore nella propria circoscrizione norme di carattere generale, alle quali intendevano poi uniformarsi nel decidere le singole controversie (8). Queste pronuncie, conosciute col nome di *arrêts de reglément*, quantunque avessero, in apparente armonia coll'ufficio giudiziario delle corti che le emettevano, forme esteriori proprie delle sentenze, mancavano però di quello che è il presupposto sostanziale di ogni sentenza, cioè di qualsiasi concreto riferimento ad un singolo rapporto controverso: e indirizzate, com'erano, a porre in astratto norme da valere per l'avvenire, costituivano in sostanza atti di natura puramente legislativa, che furono infatti considerate come abusive usurpazioni dei poteri regî e che costituirono per questo una delle cause dell'aspra lotta fra monarchia e parlamenti.

Negli *arrêts de reglément*, come nelle decisioni della Magistratura del Lavoro, si ha dunque questo comune carattere: che la statuizione di norme generali costituisce lo scopo ultimo della pronuncia, la conclusione e non una premessa del sillogismo. Senonché vien fuori anche qui una differenza: in quanto, mentre gli *arrêts de reglément* erano pronunciati dai parlamenti di propria iniziativa, indipendentemente dall'esistenza di una qualsiasi concreta controversia attuale, le sta-

(8) Cfr. la mia *Cassazione civile*, vol. I, n. 108; CAMMEO, *La pretesa efficacia vincolante*, cit., n. 3, pag. 541.

tuizioni di norme generale che la Magistratura del Lavoro è chiamata a pronunciare trovano la loro ragion d'essere nella esistenza di una concreta controversia *tra associazioni sindacali*, cioè in un conflitto che la Magistratura del Lavoro è chiamata a risolvere.

5. — Ma la singolarità tipica di questa situazione è la seguente: che il conflitto che la Magistratura del Lavoro è chiamata a decidere, verte tra soggetti (associazioni sindacali) di una gerarchia diversa da quella a cui appartengono i soggetti (singoli lavoratori o datori di lavoro) tra i quali verteranno i conflitti *individuali*, che saranno in futuro regolati dalle norme emanate dalla Magistratura del Lavoro: talché, mentre per questi futuri conflitti individuali tra singoli lavoratori o datori di lavoro la pronuncia della Magistratura del Lavoro funziona come una legge (regolamento *a priori* di rapporti futuri considerati come possibili in serie indeterminata), per il conflitto tra associazioni sindacali la pronuncia della Magistratura del Lavoro funziona come una vera sentenza (regolamento *a posteriori* di un concreto rapporto già esistente).

Questa osservazione costituisce forse la chiave per intendere nella sua esatta portata la complessa natura giuridica di queste pronuncie: le quali non sono né soltanto sentenze né soltanto leggi; ma sono sentenze o leggi secondoché si guardino dal punto di vista delle associazioni sindacali che son parti nel conflitto, o dal punto di vista dei singoli lavoratori o datori di lavoro, che dalla soluzione del conflitto tra associazioni attendono la loro legge. Siamo forse anche qui, in un caso di pluralità di ordinamenti giuridici: nell'ordinamento giuridico di cui sono soggetti le associazioni sindacali, la pronuncia della Magistratura del Lavoro appare come una sentenza; nell'ordinamento giuridico di cui sono soggetti i singoli, quella pronuncia appare come una legge.

6. — In fondo, questa duplicità di aspetti delle decisioni della Magistratura del Lavoro non è che una prosecuzione nel campo processuale di quella duplicità di aspetti che nel campo del diritto sostanziale presenta il contratto collettivo.

Attraverso le appassionate discussioni che si sono svolte in Italia, dopo l'entrata in vigore dell'ordinamento corporativo, sulla natura giuridica del contratto collettivo, la cui definizione oscilla tra la nozione di contratto e quella di legge, mi pare che ormai si vada sempre più facendo strada la opinione, che sopra tutto si appoggia sulla autorità del ROMANO (9), secondo la quale nel contratto collettivo

(9) *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, in « Archivio di studi

coesistono, *in direzioni diverse*, caratteri contrattuali e caratteri legislativi; in quanto esso è un vero contratto per le associazioni sindacali che lo stipulano, mentre è una fonte di norme giuridiche per i singoli lavoratori e datori di lavoro che ad esso debbono uniformarsi nel concludere i contratti individuali. Che per le associazioni sindacali il contratto collettivo sia un vero contratto, non mi par dubitabile, dopo le dimostrazioni che autorevoli studiosi ne hanno date (10): non solo perché le associazioni stipulanti appaiono indubbiamente, almeno a chi non voglia chiudere gli occhi sulla realtà, in quella posizione di antagonismo di interessi (interessi di categoria) che è presupposto inseparabile di ogni vero contratto (11); ma anche perché dal contratto collettivo scaturiscono doveri e diritti reciproci delle associazioni stipulanti (12), i quali dimostrano che col contratto collettivo le associazioni non solo creano norme generali ed astratte per regolare in avvenire rapporti (individuali) *altrui*, ma creano altresì un singolo vincolo « *fra loro* » (art. 1098 Cod. civ.) per regolare in concreto un rapporto già esistente, di cui esse associazioni sono i soggetti, e per obbligarsi a rispettare e a far rispettare dai singoli le condizioni di lavoro concordate. D'altra parte, mi par sicuro che se non proprio *da* questo contratto, certo *in conseguenza* di questo contratto stipulato tra associazioni (cfr. oltre, n. 6) scaturiscono per i singoli lavoratori e datori di lavoro comandi giuridici che hanno, per essi, carattere non contrattuale ma legislativo: la natura astratta ed ipotetica di questi comandi, di cui potranno esser destinatarî tutti coloro che in avvenire verranno a far parte della categoria (anche se non iscritti alle associazioni, art. 5 legge 3 aprile 1926), vieta di considerare il contratto collettivo come una somma di contratti individuali su una pluralità di rapporti individuali concreti, conclusi in fascio dalle associazioni in rappresentanza dei singoli associati; né, quantunque a più riprese i testi fondamentali dell'ordinamento sindacale considerino i singoli lavoratori o datori di lavoro come « rappresentanti » delle rispettive associazioni (per es. artt. 5 e 17 legge 3 aprile 1926), si vuol parlare qui di rappresentanza di volontà in senso tecnicamente proprio, quale forse si avrebbe se le associazioni potessero stipulare in concreto contratti individuali obbligatorî per i singoli datori di lavoro o lavoratori ad esse iscritti, ma in senso assai più vago, di mera rappresen-

---

corporativi », 1930, vol. I, pag. 27 e segg.; ed ivi citati i più notevoli fra i numerosissimi scritti apparsi sull'argomento in Italia in questi ultimi anni.

(10) Cfr. ROMANO, scritto cit., n. 5.

(11) Cfr. CARNELUTTI, *Regolamento collettivo*, nn. 53-54.

(12) ROMANO, scritto cit., pagg. 38-39.

tanza di interessi (13), in quello stesso senso col quale si dice che nei rapporti internazionali lo Stato *rappresenta* i proprî sudditi.

Ecco che siamo giunti così, naturalmente, a cercare analogie nel diritto internazionale (14): questa molteplicità di aspetti, questa diremmo quasi pluralità di sfaccettature, che il contratto collettivo presenta in direzioni diverse, secondoché lo si consideri dal punto di vista delle associazioni stipulanti, che, poste l'una dinanzi all'altra in condizioni di parità sullo stesso piano, difendono ciascuna, con spirito di contraenti, l'interesse di categoria di cui sono rappresentanti, ovvero dal punto di vista dei singoli lavoratori e datori di lavoro, ai quali, dal piano inferiore in cui essi si trovano, le due associazioni appaiono come organi cooperanti a preparare una legge alla quale essi singoli saranno soggetti, fa pensare a quelle interferenze che nei rapporti tra Stati si verificano talvolta tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni, per cui può accadere che uno stesso atto appaia dotato di diversa natura, e dia per così dire diversi effetti di rifrazione, secondoché lo si consideri situato nell'ordinamento giuridico degli Stati, ovvero in quello dei sudditi.

Accade di frequente che con un trattato internazionale, nella conclusione del quale gli Stati hanno la posizione di parti contraenti, siano regolate questioni aventi per oggetto interessi di individui o di gruppi di individui (per es. di minoranze nazionali; cfr. art. 69 del Trattato di S. Germano, citato dall'ANZILOTTI) (15), di fronte ai quali queste clausole, che nell'ordinamento internazionale hanno natura contrattuale, si trasformano poi, attraverso la recezione negli ordinamenti dei singoli Stati contraenti, in vere e proprie norme di diritto interno (16). La differenza tra la efficacia normativa individuale del contratto collettivo e la efficacia normativa interna del trattato internazionale è soltanto questa: che, mentre il trattato internazionale non si trasforma in legge interna se non attraverso un atto di recezione dello Stato, il quale adempie così all'obbligo assunto verso gli altri Stati di mettere in vigore nel suo ordinamento interno norme di contenuto già fissato nel trattato internazionale, il contratto collettivo, per diventare legge nei confronti dei singoli lavoratori e datori di lavoro, non ha bisogno di essere imposto da ciascuna associazione ai proprî aderenti. Se il legislatore italiano, adottando un sistema diverso da quello che ha adottato, avesse fatto scaturire dal contratto collet-

---

(13) ROMANO, op. cit., pagg. 35-36.

(14) Cfr. ROMANO, op. cit., pag. 32; JAEGER, *Controversie individuali del lavoro*, 3ª ed., pag. 32 in nota.

(15) *Corso*, 3ª ed., I, pag. 124.

(16) Ivi, pag. 56 e segg.

tivo soltanto l'obbligo di ciascuna associazione di imporre ai proprî aderenti l'osservanza delle condizioni di lavoro in esso stabiliti, e avesse riconnesso l'obbligatorietà del contratto collettivo di fronte ai singoli non immediatamente al contratto stesso, ma al comando con cui ciascuna associazione sindacale lo avesse reso esecutorio di fronte ai proprî associati, l'analogia col diritto internazionale sarebbe stata perfetta: invece, poiché nel sistema sindacale adottato in Italia, non esiste questa separazione cronologica tra l'atto di volontà con cui l'associazione dà vita al contratto collettivo indirizzandosi all'associazione contrapposta, e l'atto di volontà con cui l'associazione impone l'osservanza delle condizioni stabilite nel contratto collettivo, indirizzandosi ai singoli appartenenti alla categoria, si può pensare che nel contratto collettivo (17), a differenza di quel che accade per il trattato internazionale le cui clausole non valgono come norme interne se non attraverso un nuovo atto di volontà dello Stato, si abbia invece un atto unico in cui la creazione di diritti e doveri tra associazioni contraenti, e la posizione di norme obbligatorie per i singoli, costituiscano effetti diversi di una stessa volontà, operante contemporaneamente in due diverse direzioni, o, meglio, in due diverse dimensioni.

In realtà noi crediamo però che anche nel contratto collettivo si possano distinguere, concettualmente se non cronologicamente, due momenti: infatti se i suoi effetti puramente contrattuali, il vincolo che le associazioni sindacali creano « tra loro » (art. 1098 Cod. civ.), sono riferibili alla volontà delle parti contraenti, non si può dire che l'efficacia normativa che il contratto collettivo ha per i singoli appartenenti alle categorie interessate risalga alla volontà delle associazioni, le quali, come si è visto, né si può dire che nella stipulazione del contratto abbiano una vera e propria rappresentanza dei singoli, né si può dire d'altra parte che abbiano sui medesimi una specie di potere legislativo interno, a cui corrisponda da parte dei singoli uno stato di sudditanza sindacale.

Escluso che la efficacia normativa del contratto collettivo nei confronti dei singoli abbia natura contrattuale (dato che i singoli non prendono parte alla stipulazione del contratto, né vi sono giuridicamente rappresentati), ed escluso altresì che essa abbia la sua fonte in una specie di sovranità sindacale dell'associazione verso gli appartenenti alla categoria, bisogna concludere che tale efficacia normativa risale alla legge: la quale considera il contratto collettivo come un *fatto giuridico*, dal quale fa scaturire nei confronti dei singoli appartenenti alle categorie interessate le conseguenze giuridiche che le

---

(17) Ivi, pag. 56 e segg.

associazioni contraenti hanno fissato. Non si deve dunque ritenere che lo Stato abbia delegato congiuntamente alle contrapposte associazioni sindacali un potere legislativo da esercitare nei confronti delle corrispondenti categorie; l'efficacia normativa del contratto collettivo nei confronti dei singoli deriva non già dalla volontà delle associazioni contraenti, non già da un potere di comando ad esse deferito, ma dalla volontà dello Stato che affida a questi organi tecnici, funzionanti a coppie in posizione di contrasto appositamente voluta dal legislatore, la preparazione del contenuto delle leggi del lavoro. Così il contratto legislativo appare ai singoli come una legge, quantunque le associazioni contraenti non siano investite di potere legislativo; questo può parere un controsenso, ma non è: perché ciò che dà al contratto collettivo la efficacia obbligatoria verso i singoli non è la volontà delle associazioni sindacali, che è solo rivolta a fissarne contrattualmente il contenuto, ma è la volontà dello Stato, manifestata attraverso gli organi legislativi, che *a priori* proclama come legge il resultato di questo contratto.

7. — La efficacia normativa che nei confronti dei singoli hanno le decisioni della Magistratura del Lavoro, non ha diversa origine: ed anche per queste decisioni si può ripetere, *mutatis mutandis*, ciò che sopra si è detto per definire la natura del contratto collettivo.

Il fatto che queste decisioni, che per legge hanno gli stessi effetti del contratto collettivo, appaiano nei confronti dei singoli come fonte di norme giuridiche, può far credere che la Magistratura del Lavoro sia fornita del potere di comandare in forma generale ed astratta agli appartenenti a certe categorie, cioè, in tali limiti, di un vero e proprio potere legislativo demandatole dallo Stato. Ma in realtà questa è, quasi diremmo, una illusione ottica: la Magistratura del Lavoro è un organo giudiziario, e come tale non può comandare che *inter partes*; gli effetti giurisdizionali del giudicato non possono estendersi a persone diverse da quelle per le quali varrebbero gli effetti negoziali del contratto di cui il giudicato tiene il posto. Come dal contratto collettivo non possono scaturire effetti *contrattuali* se non per le associazioni contraenti, così dalla decisione della Magistratura del Lavoro non possono scaturire effetti *giurisdizionali* se non per le parti in causa, cioè per le associazioni contendenti (18). E se le decisioni della Magistratura del Lavoro, oltre agli effetti propriamente giurisdizionali che hanno tra le associazioni in conflitto, hanno anche (o

(18) In senso contrario (in senso cioè di una vera e propria estensione del giudicato ai singoli) cfr. CARNELUTTI, *Funzione del processo del lavoro*, cit., nn. 12 e 18.

sembrano avere) effetti normativi verso i singoli, ciò non deriva da un atto di volontà indirizzato da essa Magistratura ai singoli, ma deriva dal fatto che lo Stato, invece di far elaborare dagli organi legislativi il contenuto di certe sue leggi, preferisce, per ragioni tecniche, prendere come contenuto di esse il resultato di un giudizio collettivo svoltosi dinanzi alla Magistratura del Lavoro. Nei confronti dei singoli, dunque, la decisione della Magistratura del Lavoro non è un comando, ma è un *fatto giuridico*, da cui la legge fa scaturire, nei loro confronti, certi effetti che solo per una mera coincidenza cronologica sembrano riconnettersi alla volontà della Magistratura del Lavoro.

Anche qui può soccorrere l'analogia col diritto internazionale. Nel caso, non infrequente, di un arbitrato internazionale, costituito per decidere una controversia tra Stati avente per oggetto interessi di singoli o di gruppi di singoli (per es. il trattamento che ciascun Stato debba fare alle minoranze nazionali appartenenti all'altro), è certo che la decisione intervenuta in questo giudizio arbitrale avrà efficacia di giudicato nei confronti degli Stati contendenti, ma non avrà di per sé alcuna rilevanza giuridica nei confronti dei singoli sudditi degli Stati stessi: se poi i due Stati, in esecuzione del giudicato, trasformeranno in norme giuridiche interne, obbligatorie per i singoli, la decisione degli arbitri, è evidente che la nascita di queste norme, che sotto l'aspetto storico potrà esser fatta risalire alla decisione degli arbitri, si imputerà necessariamente in senso giuridico alla volontà dello Stato operativa nei confronti dei sudditi.

Nel caso della Magistratura del Lavoro questa efficacia di fronte ai singoli di un giudizio emanato tra soggetti (associazioni) appartenenti a un diverso ordinamento giuridico, è stabilita preventivamente, una volta per tutte; ma anche qui si verifica, come per la sentenza internazionale nell'esempio sopra riportato, il caso di una sentenza, destinata a valere *come tale* tra soggetti appartenenti a un certo ordinamento giuridico, che viene utilizzata in un altro ordinamento giuridico, per i soggetti del quale essa vale *non come sentenza*, ma come preparazione del contenuto di un atto legislativo, che opera nei loro confronti non per volontà dell'organo giudicante dal quale essi non sono giudicabili, ma per volontà dello Stato di cui essi sono sudditi.

Anche qui dunque, come in altro campo è stato fatto di recente da un nostro internazionalista (19), può essere adeguato, per spiegare gli effetti obbligatorî della sentenza della Magistratura del Lavoro verso i singoli, il concetto di *fatto giuridico*: che serve a spiegare una

---

(19) G. Morelli, *La sentenza internazionale* (Padova, 1931).

quantità di casi nei quali la sentenza appare come produttrice di effetti giuridici in un ordinamento diverso da quello in cui è stata emanata, o nei confronti di soggetti ai quali non può estendersi il giudicato; o ancor più in generale serve a spiegare come possa talvolta la sentenza, per il solo fatto di esistere, dar luogo a conseguenze giuridiche, non volute dal giudice, che ad essa, come a fatto produttivo di effetti giuridici, la legge immediatamente e direttamente ricollega (20).

8. — Dopo avere così dimostrato che le decisioni della Magistratura del Lavoro sono espressioni di un potere proprio di quest'organo solo in quanto decidono un conflitto concreto tra associazioni sindacali, mentre, se appaiono altresì come fonte di norme giuridiche per i singoli, ciò avviene perché su di esse si riflette un potere legislativo di cui la origine radiante è altrove, resta ora da vedere se questo potere di decisione di un singolo conflitto concreto tra associazioni abbia natura giurisdizionale, e se tale decisione si possa considerare anche sostanzialmente una sentenza, cioè un atto di dichiarazione di un rapporto giuridico *preesistente*.

Torna qui il discorso su quel secondo carattere anomalo di queste sentenze, che già abbiamo rilevato all'inizio del presente studio (n. 1): di sentenze, cioè, che invece di accertare il diritto preesistente, creano, attraverso la formulazione di nuove condizioni di lavoro, diritto nuovo destinato a valere per l'avvenire. La efficacia creativa o innovativa di queste decisioni, la quale fa venir meno quel carattere puramente dichiarativo che sembra essere inseparabile dalle vere sentenze, è rilevabile non solo quando queste sentenze si considerino, come precedentemente si è fatto, nei confronti dei singoli, quali fonti apparenti di nuove norme giuridiche ad essi indirizzate, ma altresì quando si considerino nei confronti delle associazioni, tra le quali queste decisioni servono soltanto a risolvere *inter partes* un conflitto concreto. In verità, anche nei confronti delle associazioni contendenti, le decisioni della Magistratura del Lavoro, quando risolvono controversie economiche, creano nuovo diritto: esse tengono infatti luogo del contratto che le associazioni non sono riuscite a stipulare, e mirano quindi a raggiungere lo stesso scopo del contratto, che non è quello di accertare rapporti giuridici preesistenti, ma di dar vita, tra le parti contraenti, a diritti e ad obblighi nuovi.

Questa efficacia possiam dire negoziale, non escluderebbe, secondo alcuni studiosi, che anche a questa sentenza si debba rico-

---

(20) Cfr. gli scritti alle pagg. 120, 131 e 193 degli *Studi*, vol. III.

noscere natura schiettamente giurisdizionale: colla differenza che, mentre le sentenze *dichiarative* hanno la funzione di accertare in concreto il diritto già esistente, queste decisioni della Magistratura del Lavoro apparterrebbero a un tipo speciale di sentenze cosiddette *dispositive*, la cui funzione sarebbe quella di regolare un conflitto di interessi, non composto ancora da alcuna norma, secondo equità (21). Senonché sulla omogeneità di questo tipo di sentenze ho qualche dubbio: non mi pare corretto comprendere in un unico raggruppamento pronuncie che applicano l'equità a rapporti *già esistenti*, e pronuncie che della equità si servono per creare nuovi rapporti, destinati ad aver vita *nell'avvenire*. In verità, mentre nel primo caso il giudizio di equità non esclude il carattere dichiarativo, e quindi giurisdizionale, della decisione, e la sua attitudine a passare in giudicato (22) (poiché in questi casi la equità diventa una fonte di diritto oggettivo preesistente al processo (23), dalla quale il giudice riconosce ed accerta *come già regolato* un dato rapporto controverso), nel secondo caso ci troviamo di fronte a pronuncie che non sono suscettibili di raggiungere la immutabilità del giudicato, perché, essendo destinate a valere *per l'avvenire*, sono soggette ad esser variate col variare dello stato di fatto che le ha occasionate (art. 89 r. decr. 1° luglio 1926) (24).

Ma qui il problema si allarga: si tratta di definire un fenomeno che non è esclusivo delle decisioni della Magistratura del Lavoro, ma che si riscontra, anche fuori del processo del lavoro, in tutte le sentenze costitutive soggette alla clausola *rebus sic stantibus* (25). Di questo problema non è il caso di cercar qui la soluzione: possiamo limitarci a ricordare che essa può esser cercata o nel senso di scorgere in questo decisioni, fuso coll'atto giurisdizionale consistente nell'accertamento dei presupposti necessarî per l'intervento del giudice, un atto di natura amministrativa (simile a quelli della cosiddetta giurisdizione volontaria), consistente nell'integrazione di un negozio giuridico compiuta dal giudice come *arbitrator* in vece delle parti e

---

(21) CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo*, cit., nn. 49 e 74.

(22) Cfr. sul concetto di autorità del giudicato, che si forma soltanto in quanto si abbia l'accertamento di un rapporto giuridico preesistente, BETTI, *Cosa giudicata*, in « Enciclopedia italiana », vol. XI, pag. 562.

(23) Cfr. il mio scritto *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Studi*, vol. II, pag. 1; CAMMEO, *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nord americano*, in *Studi in onore di Chiovenda*, pagg. 176-177, in nota; RASELLI, *Appunti intorno alla funzione della M. d. L.*, n. 10 (ivi, pag. 712).

(24) Cfr. CARNELUTTI, *Funzione del processo del lavoro*, cit., n. 14.

(25) Cfr. COSTA, *Le sentenze civili con la clausola « rebus sic stantibus »* (Siena, 1930).

in concorso con esse, ovvero nel senso di scorgere in queste decisioni, accanto all'atto di dichiarazione, un atto di esecuzione forzata in forma specifica, con cui il giudice si sostituisce alle parti in quanto inadempienti al dovere di emettere una dichiarazione di volontà (26). In altro scritto ho spiegato ampiamente le ragioni per le quali io propendo per questa seconda soluzione (27): accettando la quale si dovrebbe concludere che le sentenze della Magistratura del Lavoro, alle quali nei confronti dei singoli manca, per le ragioni già dette, ogni carattere di sentenza, debbono considerarsi, nei confronti delle associazioni contendenti, come sentenze oggettivamente complesse, resultanti dalla somma di un elemento dichiarativo con un elemento esecutivo.

---

(26) Su questo dovere, cfr. RASELLI, scritto cit., pag. 714 e segg.

(27) Cfr. lo scritto *La sentenza come atto di esecuzione forzata* in *Studi*, vol. III, pag. 19 e segg.; cfr. anche, in proposito ANDREOLI, *Le sentenze della M. d. L. dal punto di vista processuale*, in « Archivio di Studi corporativi », 1931.

XIII

LE CONTROVERSIE DEL LAVORO E L'ORALITÀ (*)

Il procedimento per la decisione delle controversie individuali del lavoro, introdotto col r. decr. 26 febbraio 1928 n. 471 e ora modificato in diverse disposizioni dal r. decr. 21 maggio 1934, n. 1073, in vigore dal 1° settembre, ha fatto, in questo primo quinquennio di vita, buona prova: e se, come si sente dire, esso deve considerarsi quasi come una prima applicazione sperimentale di quelli che saranno i principî fondamentali del nuovo processo civile in preparazione, sembra che sulla bontà della riforma in corso si possano trarre da questo esperimento i migliori auspicî.

Tuttavia la prova data dal procedimento del lavoro in questi primi anni sarebbe stata migliore, se i magistrati e gli avvocati ne avessero inteso con maggiore sensibilità e con minor timidezza lo spirito innovatore; se avessero osato più energicamente e più fiduciosamente servirsi di quelle sue disposizioni, che rappresentano veramente un passo innanzi sul vecchio processo civile, e trarre da esse tutte le conseguenze pratiche che esse autorizzano. Invece, anche nella applicazione pratica di questa legge, si è verificato quello che sempre accade nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore di una riforma, specialmente di una riforma processuale: che, cioè, i giudici e gli avvocati hanno cercato senza accorgersene di restringerne e di soffocarne le disposizioni innovatrici, richiamando in vita a poco a poco, con nostalgica fedeltà, gli usi e gli abusi del processo ordinario.

È noto che non sempre le leggi applicate nella pratica corrispondono a quelle scritte nei codici: assai spesso il diritto osservato in un certo momento storico è la resultante dell'incontro di due forze, che sono da una parte la volontà innovatrice del legislatore e dall'altra la resistenza passiva di coloro che, pur formalmente osservandola, restano per inerzia spiritualmente attaccati alla legge precedente. Anche per questo procedimento è avvenuto nella pratica quel feno-

---

(*) [Pubblicato in *Il Foro italiano*, vol. LIX, 1934, P. IV, cc. 129-138; ristampato in *Studi*, IV, pagg. 1-13]. [*Bibliografia*, n. 193].

meno che qualche anno fa il GALGANO definiva, con parola più efficace che armoniosa, la « desommarizzazione » del processo sommario (1): il procedimento del lavoro, sorto con precisi caratteri di concentrazione e di oralità, li ha perduti a poco a poco, o li ha veduti gradatamente impallidire nella pratica quotidiana, fino a diventare irriconoscibili. Chi, dopo aver studiato sul testo gli articoli del r. decr. 26 febbraio 1928, ed essersi formato in mente, sulla sola guida teorica di quelle disposizioni, uno schema di procedimento tipicamente diverso da quello del processo civile ordinario, fosse poi andato a verificare nelle udienze dei Tribunali del Lavoro la applicazione pratica di quella teoria, si sarebbe trovato assai spesso di fronte a una curiosa procedura di formazione puramente forense, ibrida accozzaglia di vecchio e di nuovo, fatta di compromessi e di contaminazioni. In nessun caso, come nel procedimento per le controversie individuali del lavoro, mi è accaduto di verificare direttamente, attraverso l'esercizio professionale, con quanta varietà l'uso del foro, che varia da Tribunale a Tribunale, possa modificare nell'applicazione pratica una legge processuale uniforme per tutto lo Stato, in modo da sostituire in realtà, a questa legge nominalmente unica, tanti *stylus curiae* quanti sono i giudici che debbono applicarla.

I capisaldi fondamentali del procedimento introdotto col r. decr. 26 febbraio 1928 erano, come è noto, quello della *concentrazione*, garantito mediante la limitazione delle udienze, la preclusione delle eccezioni *litis ingressum impedientes* alla udienza presidenziale, il divieto di rinvii, la riduzione al minimo indispensabile delle scritture defensionali; e quello della *oralità*, garantito dal carattere preparatorio delle scritture che rendeva necessaria la discussione della causa nella udienza collegiale, e dalla immediata pronuncia della sentenza in fine di udienza, che doveva far apparire ai giudici utile, e quindi ben accetta, questa discussione. Tali disposizioni, oggi mantenute, con qualche modificazione non sostanziale, nel decreto 21 maggio 1934 (cfr. specialmente gli artt. 13 e 14), sono state quelle che, nella applicazione pratica, hanno dovuto finora lamentare, secondo la mia esperienza, le più profonde incomprensioni e le più gravi deformazioni (2).

Le disposizioni dell'art. 10 del r. decr. 26 febbraio 1928, secondo le quali all'udienza presidenziale, se la conciliazione non riesce, si deve senz'altro fissare, non oltre i dieci giorni (non oltre i venti, stabilisce opportunamente l'art. 13 del nuovo decreto), la udienza per la discussione dinanzi al collegio con assoluto divieto di rinvii o di

(1) *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, pag. 27.

(2) Cfr. in proposito JAEGER, *Controversie individuali del lavoro*, 3ª ed., n. 63 e segg., pag. 303 e segg.

proroghe, è stata facilmente elusa, prima in casi eccezionalissimi e poi, pian piano, in qualche Tribunale, in modo quasi sistematico, facendo ricorso a quella disposizione dell'art. 6 (art. 9 del nuovo decreto) che permette al presidente di ordinare « in ogni caso e in « qualunque momento » la comparizione personale delle parti: in questo modo, coll'ordinare, nella prima udienza presidenziale, la comparizione personale delle parti per una successiva udienza anch'essa dinanzi al presidente, il divieto dei rinvii veniva elegantemente eluso, e le udienze da due diventavano tre: senza escludere che potessero diventare quattro, se, nella seconda udienza presidenziale, una delle parti si asteneva dal comparire, giustificando la sua assenza coll'invio del solito certificato medico. Poco osservate sono state anche (sopra tutto a causa dell'eccessivo ingombro di cause sul ruolo, che in certi Tribunali rendeva impossibile trovare a breve scadenza una udienza libera per la discussione) le disposizioni concernenti la durata dei termini: assai volte, nonostante il rigoroso divieto dell'ultimo capoverso dell'art. 10, ho visto fissare l'udienza collegiale di discussione a più di un mese dalla udienza presidenziale.

Ma le più pericolose deviazioni, introdotte abusivamente dalla pratica, si sono verificate sopra tutto, com'era da prevedersi, intorno a quelle disposizioni che mirano a contenere al minimo indispensabile il numero delle scritture defensionali, a dare ad esse funzioni di preparazione, *non di surrogato*, della discussione orale, e ad imporne lo scambio in termini rigorosamente preclusivi. Com'è noto, secondo il decreto 26 febbraio 1928 le scritture defensionali che le parti potevano scambiarsi prima dell'udienza collegiale erano soltanto le cosiddette « deduzioni », da depositarsi entro tre giorni dalla udienza presidenziale (art. 10 cpv. 3°). Il convenuto, dopo avere ricevuto la notificazione del ricorso introduttivo, non era obbligato (diversamente da quello che prescrive per le cause dinanzi alla Magistratura del Lavoro l'art. 76 del r. decr. 1° luglio 1926) a comunicare prima della udienza presidenziale la sua risposta scritta; anzi neanche nella udienza presidenziale egli era tenuto a svelare le sue difese sul merito, poiché anche in questa udienza egli poteva limitarsi a dedurre le eccezioni « pregiudiziali » (art. 9 lett. *b*), senza entrare nel merito, riservandosi di concentrare tutta la sua difesa di merito nelle deduzioni scritte, da depositarsi, nel termine di tre giorni, *contemporaneamente con quelle del ricorrente*: il quale in questo modo non poteva servirsi di quelle deduzioni scritte per ribattere le difese del convenuto, perché non le conosceva ancora: né poteva rispondere ad esse per iscritto in un momento successivo, perché la legge non ammetteva altre scritture defensionali, dopo quelle scambiate nel termine improrogabile dei tre giorni. La legge metteva così il ricorrente nella materiale impos-

sibilità di replicare per iscritto alle difese del convenuto: di qui la necessità, *voluta dalla legge*, di una replica *orale* per garantire la uguaglianza delle parti.

Le modificazioni apportate dal decreto 21 maggio 1934 non hanno diminuito questa necessità di discussione orale a tutela del ricorrente; perché, se nel testo riformato è stabilito (art. 10 cpv. ultimo) che il convenuto, anche prima della udienza presidenziale, « può notificare « direttamente all'attore e depositare in cancelleria la sua risposta « insieme con i proprî atti e documenti », si può facilmente prevedere che questa modificazione non avrà una gran portata pratica, in quanto nella massima parte dei casi il convenuto preferirà, per naturale tattica defensionale, tenere in serbo i suoi argomenti defensionali per un momento successivo, e non si varrà della facoltà (non obbligo) che questo articolo gli consente. È vero che una maggior larghezza nei termini fissati per lo scambio delle scritture defensionali è stata introdotta dal nuovo art. 13, il quale ha stabilito che dopo l'udienza presidenziale « la parte attrice ha cinque giorni di tempo per depo- « sitare le proprie deduzioni scritte e per notificarle alle altre parti: « e queste non oltre i cinque giorni successivi devono notificare alla « parte attrice le proprie deduzioni scritte e depositarle insieme cogli « atti e i documenti che intendono esibire in giudizio »; ma in realtà sembra che questo articolo abbia in un certo senso accentuato ancor più la disuguaglianza creata nelle difese scritte a carico dell'attore; il quale, dopo aver specificato nel ricorso gli elementi costitutivi della sua domanda, è tenuto a depositare, entro cinque giorni dall'udienza presidenziale, le sue definitive e complete deduzioni defensionali prima di aver conosciuto le difese del convenuto che è libero di non valersi della facoltà, concessagli dall'art. 10, di rispondere in iscritto prima dell'udienza presidenziale, e di limitarsi, in questa udienza, a chiedere laconicamente la reiezione della domanda avversaria (art. 12 lett. *a*). L'attore dovrà dunque svolgere la sua difesa scritta alla cieca, senza conoscere quali eccezioni di merito potrà sollevare il convenuto: e se pur cercherà di aiutarsi colla fantasia per prevedere tutte le eccezioni possibili, rischierà di combattere contro i mulini a vento o di lasciar senza replica i più temibili argomenti defensionali tenuti in serbo dal convenuto fino all'ultimo minuto.

Questa apparente sperequazione creata nel campo delle difese scritte a carico della parte attrice si attenua fino a scomparire, quando si consideri che, in questo procedimento del lavoro, *la difesa scritta non è tutta la difesa, e che la vera difesa è quella che si svolge oralmente nella udienza collegiale*: la impossibilità, creata dal rigore dei termini a carico del ricorrente, di rispondere per iscritto agli argomenti avversarî, è la miglior prova del carattere puramente *prepa-*

ratorio che il legislatore ha voluto dare in questo procedimento alle difese scritte, le quali hanno la funzione di preannunciare la discussione, non di esaurirla. La limitazione delle scritture avrebbe dovuto dunque logicamente portare nella pratica a fare intendere la importanza e ad accrescere l'uso della oralità: invece, in questo primo quinquennio di applicazione, la pratica non ha saputo far altro che studiare espedienti per rendere inutile la difesa orale, moltiplicando, contrariamente alle disposizioni della legge, il numero delle scritture defensionali e allargando i termini per il loro scambio. Io stesso ho veduto che in certi Tribunali del Lavoro si usava correntemente assegnare nell'udienza presidenziale un termine per lo scambio delle deduzioni scritte assai più lungo di quello di tre giorni perentoriamente stabilito dall'art. 10, o che dopo lo scambio di queste deduzioni (che secondo la legge dovevano essere uniche) si consentivano altri scambî di deduzioni aggiunte fino al giorno dell'udienza: quando addirittura non si permetteva (anche questo si è visto in qualche Tribunale!) di depositare anche le cosiddette « note defensionali » dopo l'udienza collegiale, secondo la pratica invalsa nel processo civile ordinario. Così anche il procedimento del lavoro, che il legislatore fino dal 1926 aveva creato snello e rapido, ha visto finora a poco a poco scomparire, sotto la ipertrofia delle difese scritte, i suoi migliori pregi; e anche in questo processo la oralità, preordinata dalla legge come mezzo necessario di difesa fatto per dedurre nella udienza collegiale argomenti e richieste defensionali *non dedotti nelle scritture*, è tornata ad essere, come nel procedimento civile ordinario, una inutile ripetizione di argomentazioni già interamente esposte ed esaurite nelle difese scritte: cioè, in sostanza, uno screditato perditempo.

L'ostacolo più grave contro il quale anche il nuovo procedimento del lavoro, che va in vigore dal 1° settembre, dovrà lottare per mantenersi fedele allo spirito che lo informa, è proprio questa ormai tradizionale tendenza della pratica a far prevalere le difese scritte a detrimento di quelle orali: tendenza di cui sono responsabili in ugual misura i giudici e gli avvocati.

Nei giudici è tradizionale, e non dissimulata, la diffidenza, per non dire il disgusto, contro la oralità che essi identificano coll'oratoria. La lunga esperienza del processo civile ordinario ha insegnato ai giudici che la cosiddetta « discussione orale » della causa, colla quale gli avvocati non fanno altro che riassumere gli argomenti già ampiamente svolti nelle numerose e voluminose comparse scritte, si riduce ad essere una esercitazione di retorica per chi parla ed una esercitazione di pazienza per chi ascolta. L'arringa non ha infatti la utilità di portare nella causa nuovi elementi di decisione, perché i giudici nel processo ordinario devono tener conto solo di ciò che è scritto;

non serve a chiarire le idee dei giudici, perché nessun discorso parlato può aver la precisione e la completezza delle comparse scritte, e perché, se l'oratore è valente, chi si lascia sedurre dalla sua eloquenza fiorita rischia di perder di vista la verità; non ha neanche la efficacia mnemonica e direi quasi didattica di un riepilogo destinato ad aiutare i giudici al momento della deliberazione, perché la deliberazione della sentenza avviene, nel processo ordinario, molte settimane forse molti mesi dopo la discussione, quando ormai si è cancellata dalla loro memoria ogni traccia dei discorsi dei difensori. I giudici sanno dunque per lunga esperienza che, nel processo civile ordinario, la oralità è essenzialmente inutile: essi considerano l'arringa del difensore come un monologo che costui recita per conto suo, come una pausa durante la quale il corso del processo si arresta; e gli avvocati, i quali sono ormai abituati, quando osano chiedere di discutere oralmente una causa civile, a veder calare sul volto dei giudici un velo di rassegnata mestizia, non possono adirarsi per questo atteggiamento di sopportazione, non fatto certamente per incoraggiar l'oratore, perché anch'essi si rendono conto dell'assoluta superfluità della discussione orale in un processo in cui la scrittura è l'unica forma delle deduzioni.

Ma questa diffidenza dei giudicanti contro l'oralità, giustificabile per le ragioni suddette nel processo civile ordinario, è ingiustificata nel processo del lavoro: e i magistrati che anche in queste cause portano la loro preconcetta ostilità contro la discussione orale, dimostrano di non aver compreso le profonde differenze di struttura per cui questo procedimento si distingue da quello ordinario.

Oralità, nel significato in cui questa parola è adoperata da Giuseppe Chiovenda, che anche in questo procedimento del lavoro ha avuto la meritata sodisfazione di vedere a poco a poco farsi strada le idee di cui egli da trent'anni è insigne banditore e maestro, non vuol dire oratoria, non vuol dire torneo di eloquenza (3): vuol dire sopra tutto facoltà data alle parti di proporre oralmente all'udienza le loro conclusioni, di chiedere in udienza, con registrazione a verbale delle loro richieste, i mezzi istruttorî che la discussione dimostri necessarî; vuol dire insomma possibilità di servirsi della *forma orale* per comunicare al giudice in udienza, direttamente e per la prima volta, le proprie deduzioni, anche se non siano state precedentemente esposte nelle scritture, le quali assumono quindi una funzione meramente secondaria e preparatoria.

Questa forma di oralità, che è la vera e la sana, è la grande innovazione introdotta nel nostro diritto dal r. decr. 26 febbraio 1928, il quale, a differenza di quello che accade nel processo civile ordinario,

(3) Cfr. per ultimo le sue *Istituzioni*, vol. II, § 52.

esplicitamente ammette che nella udienza presidenziale « i precisi « termini della controversia » siano dibattuti oralmente e fissati a verbale (art. 9; art. 12 del nuovo testo), ed implicitamente consente che anche nella udienza collegiale (art. 11; art. 14 del nuovo testo) le parti propongano oralmente, mediante inserzione sul verbale di udienza, richieste di nuovi mezzi istruttorî che giustifichino di non aver potuto proporre prima, perché solo la discussione orale ne abbia rivelata la opportunità. In queste disposizioni degli artt. 12 e 14 vi è in germe tutta la sostanza dell'oralità, intesa in quel senso che sopra ho ricordato: esse contengono, come già si è veduto, il rimedio apprestato dal legislatore contro la limitazione delle scritture, specialmente rigorosa per il ricorrente; in esse avrebbe dovuto la pratica trovare lo spiraglio per riportare la oralità alla sua funzione essenziale, per rifar dell'udienza il centro vitale del processo, per restituire dignità, serietà e utilità alla discussione.

Ma la pratica, invece di ampliare quel varco, si è industriata in questi cinque anni ad ignorarlo o a richiuderlo. Varie volte, partecipando come difensore all'udienza collegiale di qualche Tribunale del Lavoro, ho visto che la deduzione di nuovi mezzi istruttorî, da me fatta oralmente, suscitava nei giudici un senso di meraviglia e quasi di ilarità, come se fosse una madornale eresia; e non di rado mi è accaduto, dinanzi al Tribunale del Lavoro di un grandissimo centro giudiziario dell'Italia settentrionale, di sentirmi cortesemente ma recisamente rifiutare dal presidente nell'udienza collegiale il diritto di discutere oralmente la causa, sia pure al limitato scopo di rispondere alle deduzioni avversarie, alle quali la legge, come si è visto, non dà modo di rispondere per iscritto. È invalsa così, in questi grandi centri giudiziarî in cui i ruoli sono sovraccarichi di cause, l'opinione, non dissimulata, che anche nelle cause del lavoro i difensori siano da considerarsi come dei disturbatori della giustizia, buoni soltanto a far perdere il tempo colle loro chiacchiere; il che, se da una parte può essere profondamente umiliante per l'avvocato, il quale, per non mettersi in aperto contrasto col giudice da cui dipendono le sorti del cliente, ha molte volte il dovere di abbassare la testa e di non insistere per parlare a dispetto di chi non vuole ascoltarlo, è d'altra parte assai preoccupante per l'avvenire del processo del lavoro, il quale, voluto dal legislatore come una restaurazione dell'oralità, non potrà certo funzionare in modo perfetto finché l'oralità continuerà in pratica ad esserne bandita o considerata con sospetto.

Noi ci rendiamo perfettamente conto dello stato d'animo di certi magistrati che, sovraccarichi di lavoro dalla mattina alla sera, sono tratti a considerare come tempo perduto quello in cui debbono stare inerti ad ascoltare i discorsi degli avvocati (e certo questo stato

d'animo potrà attenuarsi, se il Guardasigilli provvederà, come è stato annunciato recentemente, ad una più numerosa assegnazione di magistrati a questi organi giudiziarî del lavoro, la cui importanza va ogni giorno crescendo); ma forse certi magistrati non hanno ancora compreso che in un procedimento in cui la sentenza dev'essere normalmente deliberata alla fine dell'udienza (art. 11; art. 14 del nuovo testo), ascoltare attentamente la discussione degli avvocati può essere per i giudici, anziché un perditempo e un aumento di vana fatica, un utile mezzo per faticar meno in camera di consiglio. Vero è che, dinanzi ai Tribunali del Lavoro, le disposizioni che prescrivono come normale la immediata deliberazione della sentenza alla fine dell'udienza, non sono state finora, a mia scienza, osservate con molto rigore: in molti Tribunali è stata considerata eccezionale non solo la deliberazione immediata nella stessa udienza, ma anche quella entro i tre giorni (ora, secondo il nuovo testo, otto giorni) dall'udienza. In altri, per eccesso di zelo si è giunti all'estremo opposto, quello di deliberar la sentenza *prima dell'udienza*; nel qual caso si capisce agevolmente che i giudici in udienza non abbian trovato molto interessante la parola degli avvocati...

Ma la maggiore responsabilità della sorda resistenza che in questo primo esperimento di cinque anni la pratica ha opposto alla restaurazione dell'oralità nel processo del lavoro, ricade sugli avvocati: i quali, abituati ormai da molti decennî al procedimento civile ordinario, in cui la oralità si è abbassata, per necessario portato della struttura stessa del processo scritto, al livello di un inutile vaniloquio, hanno disimparato la *tecnica del dibattimento* corrispondente alle esigenze del processo orale.

Il principio del processo ordinario, che prescrive la scrittura come *forma necessaria* delle deduzioni defensionali, si ripercuote sulla psicologia di certi avvocati civilisti, i quali, a forza di praticar questa regola, si sono convinti che un argomento defensionale acquista maggior peso coll'essere redatto in iscritto, e non sono tranquilli fino a che non lo hanno diffusamente esposto e commentato in una delle molte comparse, o memorie, o note, o « fogli di lume », di cui si arricchisce il loro fascicolo prima di arrivare ai giudici. È un po' la mentalità dei contadini, i quali non credono ai discorsi, ma hanno grande rispetto per ciò che è scritto sulla carta stampata: certo è che molti avvocati considererebbero imprudente e pericoloso affidare alla sola discussione orale gli argomenti defensionali più convincenti. Anch'essi pensano che la parola vola via, e che solo resta ciò che si scrive: ed è strano che questa sfiducia sulla efficacia della parola parlata venga proprio dagli avvocati, che secondo la comune opinione hanno nella parola il loro più tipico strumento professionale.

D'altra parte la inutilità del vero e proprio dibattimento orale nel processo civile ordinario ha trasformato, in quei casi in cui gli avvocati civilisti continuano a discutere più per forza di tradizione che per necessità, la oralità in oratoria. Nel processo civile ordinario gli avvocati non hanno niente da dire perché tutto quello che conta l'hanno già scritto nelle loro comparse: ma quando si parla senza aver niente da dire, succede fatalmente che la parola diventa fine a sé stessa, e che, invece di badare a ciò che si dice, si comincia a dar importanza alla forma, al gesto, al tono della voce. Da ciò, anche nel processo civile, quel dilagare della retorica e dell'enfasi, contro la quale giustamente sempre più si ribella la insofferenza dei giudici; da ciò quel carattere per così dire « statico » che hanno le arringhe anche dei migliori civilisti, le quali non si creano lì per lì, nell'ardore del dibattimento, come replica necessariamente improvvisata opposta all'improvvisa obiezione avversaria, ma hanno quasi sempre il carattere di pezzi « bell'e fatti », preparati in anticipo e recitati tutto d'un fiato, senza le interruzioni e le sorprese di una disputa dialogata.

Ora, per restituire all'oralità forense il rispetto e l'interessamento dei magistrati, bisogna che gli avvocati si convincano che in un regime giudiziario ove l'avvocato si trasforma sempre più in un organo della giustizia, non c'è posto per le bravure e per le ampollosità oratorie, ma si richiede da lui non altro che quella chiarezza e semplicità di eloquio, che sola può servire a dare al giudice, aiutandolo e non tediandolo, un'utile collaborazione. Anche la tecnica dell'oratoria forense, specialmente nel civile, deve evolversi, come si evolvono tutte le forme di espressione del pensiero umano nell'arte e nella scienza; deve farsi più duttile e più nervosa, abbandonando gli abusati schemi della vecchia retorica, che poteva esser tollerata in altri tempi, quando i giudici non avevano da sbrigare l'intenso lavoro che la febbrile vita moderna accumula oggi nei tribunali. La più utile, anche se apparentemente la più dimessa forma di espressione, alla quale secondo me dovrà nel processo civile ridursi la oralità, è quella del *dialogo*: dialogo in udienza fra i due difensori, che cercano di chiarire nel contraddittorio i punti controversi della causa, dialogo fra i difensori e i giudici, i quali in udienza chiedono francamente spiegazioni sulle questioni che sembrano dubbie.

Questa forma di oralità semplice e familiare, scevra di esordî e di perorazioni, in tono tranquillo e amichevole, come quello che si tiene in una riunione di uomini di affari seduti intorno a un tavolino per discutere senza alzare la voce e per arrivare a mettersi d'accordo attraverso una fruttuosa conversazione, non è una utopia irraggiungibile in realtà, poiché già l'ho vista più volte attuata proprio dinanzi agli organi d'appello delle controversie del lavoro, cioè dinanzi alle

Magistrature del Lavoro; le quali, per il minor numero di cause che ad esse pervengono in secondo grado, per la miglior selezione dei magistrati che le compongono, ed anche per la maggior fedeltà con cui esse hanno saputo in tutta Italia intendere lo spirito del processo del lavoro, hanno funzionato fin ora in un modo così soddisfacente, che il procedimento praticato dinanzi ad esse mi appare, nelle sue grandi linee, come il tipo di procedimento desiderabile (ove si completi con una maggiore immediatezza nella raccolta delle prove) nella prossima generale riforma del processo civile.

Nella discussione orale delle controversie individuali dinanzi alle Magistrature del Lavoro ho visto più volte con vera soddisfazione realizzati in pieno tutti i vantaggi dell'oralità.

Si va in udienza colla possibilità di impiegare per la discussione di una causa, specialmente di quelle più importanti, un intero pomeriggio, senza quell'affollamento di cause sul ruolo di una stessa udienza, che rende inquieti e nervosi i giudici e crea in essi la incapacità psicologica di ascoltare con pazienza la discussione di un processo, quando sanno che prima di sera dovranno ascoltarne tutta una serie. Il collegio, fin dall'inizio dell'udienza, si dimostra attento e interessato al dibattito, sicché gli avvocati, quando si alzano per parlare, non hanno la sensazione di venir meno alle regole della buona creanza; il consigliere relatore fa in udienza una relazione che è assai spesso un modello di chiarezza e di precisione, sfogliando i fascicoli di cui si dimostra padrone, e familiarmente indicando agli avvocati le questioni su cui è bene che il collegio sia illuminato; e la discussione si svolge poi con tutta l'ampiezza che la causa richiede, in un ambiente in cui la stessa familiarità, che avvicina in queste aule i giudici agli avvocati, dissuade il difensore che ne avesse voglia dalle divagazioni e dalle volate retoriche, e lo incita a trovare argomenti serî e solidi, che veramente possano servire, di lì a pochi minuti, quando i giudici in camera di consiglio ripenseranno alla discussione, a far trionfare la sua tesi. Si ha l'impressione che il tradizionale sonno dei giudici, intorno al quale la satira si è tanto esercitata, sia scomparso dalle udienze della Magistratura del Lavoro: se esso è la tacita reazione che il tedio dei magistrati ha saputo sempre contrapporre al vaniloquio degli avvocati, è naturale che esso più non alligni là dove la parola degli avvocati è tornata ad esser necessaria, e dove i magistrati, ascoltando i difensori che parlano, hanno la coscienza di prepararsi in questo modo ad assolvere più efficacemente, alla fine della udienza, la loro funzione in camera di consiglio. Ho notato che nelle udienze della Magistratura del Lavoro avviene di frequente che, mentre un avvocato parla, il presidente lo interrompa; non con animo ostile per impedirgli di parlare, ma per invitarlo a intrattenersi più a lungo su

certi punti che al collegio resultano men chiari. La discussione orale si va sempre più trasformando così, dal monologo a lungo respiro dell'oratoria classica, in un agile e nervoso dialogo in cui l'avvocato dev'essere pronto a dare al giudice tutte le spiegazioni che a questo sembri utile chiedergli e a parlare solamente su quei punti sulla cui importanza il giudice ritenga necessario richiamarlo. È evidente che qui la tecnica dell'oratoria forense si va modificando: diventano inutili gli artifici abusati per coprire con parole fiorite la mancanza di idee chiare; e in luogo delle tirate ad effetto occorre in cambio una più vasta preparazione giuridica, una più alacre e vigile prontezza di pensiero. Io stesso ho assistito a una udienza durata parecchie ore in cui tutta la discussione orale è consistita in un fuoco di fila di interrogazioni rivolte da giudici e da avvocati al perito, appositamente chiamato per dare schiarimenti su una grave questione di tecnica assicurativa. In quell'aula in cui tutti i presenti, giudici ed avvocati, formulavano una dopo l'altra le domande, schematiche e disadorne, volte a chiarire la difficile materia, era completamente caduta quella specie di barriera di diffidenza che in certi processi separa i giudici dagli avvocati e che rende sospetto ai giudici tutto quello che gli avvocati dicono: tutti in quell'aula avevano la sensazione di essere leali collaboratori per il raggiungimento di un unico fine, che era la verità; e i difensori parlavano, e il collegio li stava ad ascoltare, non per fare sfoggio di eloquenza, ma per portare il loro contributo alla funzione della giustizia, di cui l'avvocato è organo non meno nobile e non meno necessario del magistrato.

Aver restituito vitalità e ragion d'essere alla oralità, intesa nel modo suddetto (ch'è poi quello in cui l'ha intesa Giuseppe Chiovenda) rappresenta secondo me il merito maggiore del procedimento delle controversie individuali del lavoro; intendere e sviluppare questa innovazione anche nelle cause dinanzi ai Tribunali, dai quali non sempre lo spirito di queste nuove leggi processuali è stato pienamente inteso, dev'essere nel prossimo avvenire la mira costante dei giudici e degli avvocati.

Non dimentichiamo che il legislatore, che nel procedimento del lavoro ha reso alla oralità la importanza di una funzione necessaria, non ha soltanto migliorato il processo, ma ha, insieme col processo, inalzato l'avvocatura.

Rendere all'oralità il posto che lo compete nel processo, persuadere il giudice della necessità della difesa orale, vuol dire rendere omaggio alla necessità sociale degli avvocati: sappiano essi dedicare le loro migliori cure a questo processo del lavoro, che è una rivendicazione della dignità del loro ordine.

XIV

COMPETENZA DEL GIUDICE DEL LAVORO PER I RAPPORTI DEI PRESTATORI D'OPERA AI QUALI È DISCREZIONALMENTE VIETATO DI FAR PARTE DELL'ORGANIZZAZIONE SINDACALE?

Questa sentenza della Magistratura del Lavoro di Milano, la quale, con una pronuncia di incompetenza, chiude a un gruppo di lavoratori la via del processo del lavoro, dimostrerebbe una volta di più, se la sua motivazione fosse giuridicamente ineccepibile, la necessità, già da altri autorevolmente rilevata, di sottoporre a qualche nuovo ritocco le norme per la decisione delle controversie individuali, in molti punti modificate (se non sempre migliorate) dal r. decr. 21 maggio 1934.

Soprattutto le disposizioni che dovrebbero delimitare la competenza dei giudici del lavoro continuano a costituire il punto nevralgico della legge; perché, anche se non si vuole e non si può, almeno per ora, arrivare ad estendere questa competenza a tutte indistintamente le controversie del lavoro (il che sarebbe logico, e sarà certamente attuato prima o poi), bisognerebbe in ogni modo che le disposizioni limitatrici della competenza fossero sempre formulate in termini così chiari, da non lasciar alcun margine alle questioni di competenza, incresciose e insidiose per i litiganti, ma ancor più per gli avvocati. Io mi vado sempre più convincendo che niente vale a screditare gli avvocati nell'opinione pubblica, e specialmente in quella della povera gente, quanto la difettosa formulazione delle norme regolatrici della competenza dei giudici: perché i profani non riescono a convincersi che gli avvocati al momento di iniziare un giudizio si trovino assai volte nella impossibilità di sapere con sicurezza quale foro dev'essere adito, e si vedano costretti a procedere per tentativi, colla speranza di arrivare alla fine a trovare per eliminazione il giudice disposto a dichiararsi competente. Il motto « *provando e riprovando* », che fu opportunamente adottato da una celebre Accademia per esaltare come

---

(*) [Pubblicato in *La Magistratura del lavoro. (L'impiego privato)* (Milano), vol. IV, 1935, pagg. 1018-1022]. [*Bibliografia*, n. 196].

prima virtù dello scienziato la pazienza dell'esperimentatore, garba poco ai clienti, che malvolentieri si vedono adoprati come *corpus vile* degli esperimenti di competenza: e nessuno riesce a levare loro di testa che, quando un giudice si dichiara incompetente, la colpa è dell'avvocato che non ha saputo leggere nel suo libro.

* * *

Ma, in realtà, la sentenza che dà occasione a questa nota non mi pare che si possa accogliere senza qualche rispettosa riserva.

La questione, interessante e nuova, che essa ha risolto, era, nei suoi termini essenziali, la seguente.

Esiste a Milano una Società anonima denominata *Corpo di vigilanza notturna per la Città di Milano*, la quale, nonostante la sua denominazione, non è altro che una *impresa commerciale* simile a quelle che, in molte città d'Italia, esercitano, con proprio personale (le cosidette « guardie di notte »), la vigilanza notturna sugli stabili dei privati, dietro compenso da questi corrisposto, per lo più in forma di abbonamento. Data la natura del servizio esercitato da queste imprese, che la legge di P.S. denomina « Istituti di vigilanza ed investigazione privata » (art. 134 e segg.), la loro attività quantunque privata, è condizionata alla « licenza » prefettizia. Ma ciò non toglie che questi « istituti » abbiano scopo di lucro, e che essi, in sostanza, esercitino *una speculazione privata sul lavoro dei proprî dipendenti*, dell'opera dei quali si servono mediante contratti di lavoro stipulati individualmente con ciascuno di essi.

Nel caso concreto un gruppo di ex-dipendenti della Società milanese (alcuni dei quali avevano fatto parte del Corpo di vigilanza in qualità di semplici vigili, prestatori di lavoro manuale, mentre altri vi avevano rivestito gradi più o meno elevati, con mansioni di natura sicuramente impiegatizia) avevano convenuto la Società dinanzi al Tribunale del Lavoro di Milano per far valere diritti attinenti al contratto di lavoro; ma il Tribunale prima, e poi, in sede di appello, la Magistratura del Lavoro, hanno dichiarato la propria incompetenza a decidere la controversia per una sola considerazione, enunciata con schematica concisione nella sentenza d'appello: che, avendo il competente Prefetto autorizzato l'esercizio della impresa sotto la espressa condizione (conforme a istruzioni impartite in tal senso dal Ministero dell'Interno) che ai dipendenti fosse vietata, in vista della funzione ad essi affidata, ogni forma di associazione ed organizzazione sindacale, veniva con ciò a rendersi inapplicabile l'art. 1 n. 1 del r. decr. 21 maggio 1934 il quale limita la competenza dei giudici del lavoro alle sole controversie individuali « derivanti da rapporti di lavoro o

« di impiego *che sono o possono essere oggetto di contratti collettivi* « *di lavoro* ». Siccome nel caso concreto, ha detto la Magistratura di Milano, la pubblica autorità ha vietato ai vigili notturni quella associazione sindacale che è presupposto necessario di ogni contratto collettivo, manca per i loro rapporti di lavoro non solo la esistenza attuale, ma altresì la possibilità giuridica del regolamento collettivo, e quindi, con questa, la possibilità di adire, per le controversie nascenti da tali rapporti, la giurisdizione del lavoro.

Si tratta, come si vede, di un ragionamento basato esclusivamente sulla lettera della legge: ma allora, se proprio soltanto della lettera si deve tener conto, il ragionamento si può agevolmente ritorcere. « Tutta la questione da risolversi nella presente controversia — dice « la sentenza annotata — è limitata ad accertare... se i rapporti di « lavoro intercedenti fra le parti possono o meno essere oggetto di « contratto collettivo *secondo le disposizioni della legge 3 agosto 1926* « *e del r. decr. 1° luglio dello stesso anno* ». Benissimo: ma se il problema si imposta così, si arriva diritti a risolvere la controversia in senso perfettamente opposto a quello seguito dalla Corte di Milano, perché *né la legge 3 aprile 1926, né il decreto successivo contengono disposizioni che vietino l'associazione sindacale ai dipendenti degli istituti privati di vigilanza notturna.* L'art. 11 della legge 3 aprile 1926, che è la *sedes materiae* per stabilire a quali categorie di lavoratori è esteso il diritto di associazione sindacale, esclude da tale diritto, insieme cogli « ufficiali, sottufficiali e soldati del Regio Esercito, della « Regia Marina, della Regia Aeronautica », gli appartenenti agli « altri corpi armati *dello Stato, delle Provincie e dei Comuni* »; ma non parla (né avrebbe potuto logicamente parlarne, perché la *ratio* di questo articolo concerne soltanto i dipendenti dello Stato o di altri enti pubblici) di quei dipendenti di *imprese private*, che se pure, per la natura del loro lavoro, debbono essere muniti di armi, non cessano per questo di essere impiegati o salariati *privati.*

Di fronte a questa argomentazione che, per chi si ponga sul terreno strettamente letterale, sembra invincibile, la sentenza annotata, pur concedendo che il divieto contenuto nell'art. 11 sopra ricordato non concerne « in astratto » i vigili notturni dipendenti dagli Istituti privati di vigilanza, obietta però, siccome nel caso concreto il divieto di associazione è stato imposto ai vigili notturni dall'autorità prefettizia, come condizione alla « licenza » di esercizio data alla Società (in base agli artt. 8 e 135 legge P.S.), « di fronte a questo stato di « fatto è inutile il ricercare se in base alla legge 3 aprile 1926 non esista « alcun divieto di associarsi: *basta il fatto concreto di essere ciò stato* « *vietato dalla autorità competente per dimostrare come essi non pos-* « *sano rientrare nella disposizione dell'art. 1 r. decr. 21 maggio 1934* ».

È proprio questa affermazione della sentenza che mi lascia perplesso. Essa infatti significa in sostanza che, mentre l'art. 1 n. 1 del r. decr. 21 maggio 1934 categoricamente si richiama, per determinare quali rapporti di lavoro o di impiego *possono essere oggetto* di contratto collettivo, *alle regole contenute nella legge 3 aprile 1926 e nel successivo regolamento*, l'interprete sarebbe autorizzato a ricerca e tale determinazione *fuori di quella legge e di quel regolamento*: ossia, in altre parole, a considerare come non assoggettabili a contratto collettivo categorie di rapporti che, quantunque astrattamente assoggettabili *per legge*, siano stati però sottratti al regolamento collettivo da un provvedimento discrezionale dell'Autorità di Polizia! Questa parificazione della legge 3 aprile 1926 (che è poi, per dir così, una *superlegge*, perché essa è il pilastro costituzionale di tutto l'ordinamento sindacale) al provvedimento amministrativo discrezionale mi sembra, diciamo così, un po'... forte: non perché, intendiamoci, l'Autorità giudiziaria potesse in questo caso entrare a sindacare la legittimità del provvedimento prefettizio che aveva vietato ai vigili notturni il diritto di associazione sindacale; ma perché, trattandosi di un provvedimento amministrativo discrezionale (art. 8 legge P.S.), i suoi effetti, limitati al caso concreto, non potevano, a mio avviso, essere ritenuti rilevanti per complicare una questione di diritto che doveva essere semplicemente risolta in conformità della legge, la quale dispone in maniera generale ed astratta. Si può non negare (e in ogni modo non era questa la questione da risolvere) che l'Autorità di polizia possa in certi casi, data la latitudine dei suoi poteri, sopprimere o limitare per ragioni di ordine pubblico il diritto di associazione astrattamente riconosciuto dalla legge; ma quando si tratta di stabilire la competenza dei tribunali del lavoro, l'unico criterio sicuro (e in ogni modo l'unico letteralmente indicato dall'art. 1 n. 1 del r. decr. 21 maggio 1934) è quello che si può desumere dalla legge sindacale, mentre i provvedimenti di polizia, per la loro natura discrezionale e contingente, sono essenzialmente revocabili, e possono variare secondo le circostanze e secondo i luoghi.

La Magistratura del Lavoro di Milano, insomma, è venuta ad ammettere che la legge sindacale, la cui lettera è nettamente nel senso di non escludere i dipendenti degli Istituti privati di vigilanza dal regolamento collettivo e quindi dalla giurisdizione del lavoro, possa essere considerata come modificata, agli effetti della competenza, da un provvedimento di polizia: il che mi sembra per lo meno discutibile, anche se il provvedimento è reso, come qui, in conformità di istruzioni ministeriali, le quali, come è noto, non possono neppure esse modificare la legge.

Né ha, evidentemente, alcun peso l'argomento con cui la sentenza

denunciata ha rincalzato il suo ragionamento, osservando che « d'al- « tronde la mancanza di esistenza di una associazione di categoria da « contrapporsi per la formazione di un contratto collettivo di lavoro « è la dimostrazione più evidente che il rapporto di cui si tratta non « può essere sottoposto ad una associazione sindacale ». Tutti sanno, infatti, che l'ordinamento corporativo è in pieno sviluppo, e che in esso trovano a grado a grado la loro sistemazione sindacale categorie che fino ad ieri non erano inquadrate in una apposita categoria; tanto che perfino la legge 3 aprile 1926 prevede la possibilità che la giurisdizione del lavoro sia aperta a categorie per le quali non esista ancora un'associazione sindacale legalmente riconosciuta (art. 17).

* * *

Ma vi è poi da considerare un altro aspetto del problema, quello che si riferisce, più che alla lettera, allo *spirito* della legge. Mi limito a formularlo senza risolverlo: è proprio esatto che, secondo l'art. 1 del r. decr. 21 maggio 1934 la giurisdizione del lavoro sulle controversie individuali abbia in ogni caso come *presupposto necessario l'assoggettamento attuale, o almeno l'assoggettabilità potenziale*, del rapporto controverso a contratto collettivo?

Per rispondere a questa domanda non bisogna dimenticare almeno un argomento di diritto positivo, che è il seguente: mentre il r. decr. 26 febbraio 1928 n. 471 escludeva dalla giurisdizione del lavoro tutte le controversie individuali concernenti qualsiasi rapporto di lavoro di dipendenti di enti pubblici, l'art. 1 del r. decr. 21 maggio 1934 lascia in vigore la competenza di altri organi giurisdizionali (Consiglio di Stato e G.P.A.) solo « per le controversie relative a rapporti di « *impiego* dei dipendenti di enti pubblici », ma attribuisce (comma 1, n. 4) ai Tribunali del lavoro tutte le altre « controversie concernenti « *rapporto di lavoro* di enti pubblici di qualsiasi natura », concernenti cioè rapporti di lavoro che abbiano natura diversa dal contratto *di impiego*. Sono note le incertezze esegetiche a cui ha dato luogo, in questi primi mesi di applicazione, quest'ultimo dibattutissimo comma (1); ma almeno questo si può desumere con sicurezza: che per certe categorie di dipendenti di enti pubblici (quelli, il cui rapporto di lavoro colla pubblica amministrazione sia regolato da un contratto che non abbia natura di impiego) il r. decr. 21 maggio 1934 ha fatto rientrare nella competenza dei Tribunali del lavoro controversie indi-

---

(1) Cfr. la bibliografia in argomento, ricordata nelle note di De Amicis, a coll. 667 e 910 nell'annata corrente della rivista *La Magistratura del lavoro*.

viduali relative a rapporti di lavoro che, appunto perché concernono dipendenti di enti pubblici, non possono essere oggetto di contratto collettivo (art. 11 legge 3 aprile 1926, art. 3 r. decr. 1° luglio 1926) (2).

È lecito domandarsi perciò se la decisione data al caso concreto dalla Corte milanese, come per le ragioni sopra esposte può sembrare contraria alla lettera della legge consacrata nel n. 1 dell'art. 1 del r. decr. 21 maggio 1934, così non possa sembrare, messa a confronto col n. 4 dello stesso articolo, ugualmente contraria al suo spirito.

---

(2) « Il n. 4 dell'art. 1 ... si riferisce agli enti pubblici, rispetto ai quali, *non essendo possibili contratti collettivi*, non sarebbe applicabile la norma generale contenuta nel n. 1 dell'articolo medesimo ». (AZZARITI, in *Riv. dir. pubblico*, 1934, pag. 386).

XV

LA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO COME PROVVEDIMENTO CAUTELARE (*)

SOMMARIO: 1. Occasione del presente scritto. — 2. Opinione del CANDIAN sulla natura cautelare della sentenza dichiarativa. — 3. Premesse sistematiche: *a*) rapporti tra processo e provvedimento; — 4. *b*) posizione sistematica dei provvedimenti cautelari. — 5. La sentenza dichiarativa come provvedimento di cognizione. — 6. Confutazione della contraria opinione del CARNELUTTI. — 7. La sentenza dichiarativa come provvedimento « oggettivamente complesso ». — 8. Effetti esecutivi della dichiarazione di fallimento. — 9. Confutazione delle opinioni che attribuiscono a tali effetti natura satisfattiva: *a*) del CARNELUTTI; — 10. *b*) dell'ANDRIOLI. — 11. La sentenza dichiarativa come provvedimento cautelare. — 12-13. Dimostrazione e conclusioni.

1. — Se soltanto oggi, a distanza di quasi due anni dalla pubblicazione del grosso volume di AURELIO CANDIAN sul *Processo di fallimento* (1), sciolgo la promessa che avevo fatto a me stesso di esprimere su queste colonne il compiacimento provato da un processualista nel veder sì prezioso apporto alla costruzione processuale del fallimento recato da un eminente commercialista, questo ritardo non significa che dopo la prima lettura si sia attenuato nel recensore l'interesse per il libro da recensire: mentre è noto, al contrario, che proprio le recensioni troppo precipitate rivelano assai volte il desiderio di disimpegnarsi alla lesta, con quattro frasi generiche come quelle degli elogi funebri, di un libro appena sfogliato, per poterlo poi accompagnare senza rimorsi al casto scaffale dei volumi destinati a rimanere intonsi.

Ma il libro del CANDIAN non è di quelli che sono votati alla vita monastica: la materia del fallimento è così viva e quotidiana, e così personale è la concezione degli istituti fallimentari esposta in questo volume, che tutti i giorni la pratica e la teoria offrono occasioni per

---

(*) [Pubblicato in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, a. XXXIV, 1936, P. I, pagg. 279-307; ristampato in *Studi*, IV, pagg. 33-69. Tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, nell'Appendice 2ª del vol. P. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pagg. 181-217]. [*Bibliografia*, nn. 202, 299].

(1) A. CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, Cedam, 1934.

riprendere in esame i problemi da esso trattati e per rimeditare con una più attenta lettura le soluzioni da esso proposte. Il CANDIAN, quantunque commercialista, si rivela in questo volume processualista ad oltranza: in una zona di confine, qual'è quella del fallimento, tra il diritto sostanziale e il diritto processuale, in cui possono essere tentate da due parti invasioni ed annessioni del territorio intercluso, il CANDIAN si è schierato risolutamente dalla parte dei processualisti, combattendo al loro fianco per sostenere sugli istituti fallimentari una rivendicazione intransigente, e, come oggi si direbbe, totalitaria.

Né sarò io a dolermi di questa sua generosa fatica; pur non dissimulandomi che, a voler costringere sotto gli schemi della sistematica processuale tutto il diritto fallimentare, può avvenire che certe materie, considerate sotto l'angolo visuale del processo, si presentino di scorcio, deformate dalla prospettiva inconsueta. Ma questo, come è risaputo, è il pericolo, o diciamo meglio la funzione, di tutti i sistemi: i quali non sono altro che espedienti dialettici per considerare la realtà sotto un punto di vista insolito, e per scoprirne così certi aspetti laterali che di solito sfuggono a chi pigramente si appaga di guardarla di fronte, dal solito balcone tradizionale. Usano i pittori, per scoprire i difetti di un quadro, rimirarlo capovolto in uno specchio: non voglio dire con questo che il libro del CANDIAN sia addirittura un capovolgimento delle nozioni comunemente ammesse in materia di fallimento; dico soltanto che questo suo estremismo processualistico gioverà anche ai seguaci delle dottrine tradizionali, per cogliere la insufficienza di certe loro concezioni e certi errori di disegno del loro sistema.

La prima lettura del libro del CANDIAN (che egli modestamente qualifica, nel sottotitolo, « *programma di un corso* », facendoci così sentire il desiderio di vederlo al più presto svolto in un compiuto trattato) aveva suscitato in me il proposito di seguire passo per passo, in una lunga recensione riepilogativa, le applicazioni che nel suo sistema hanno trovato i concetti fondamentali del diritto processuale: *giurisdizione, azione, parti, provvedimento, e così via.* Nessuna indagine serve a perfezionare e ad affinare i principî della teoria generale del processo, meglio di quella che consiste nel saggiare la loro attitudine pratica ad esser trapiantati in campi diversi da quello del processo ordinario, e nel misurare così, in queste propaggini, la loro vitalità: ricerca che appariva singolarmente tentante in questo libro del CANDIAN, dato altresì che, come si vede fin dalle prime pagine, egli si è servito, per la sua ricostruzione del processo fallimentare, di concetti e di terminologia che, non essendo pacificamente accolti dalla prevalente dottrina processualistica, si prestavano essi stessi, in questa loro applicazione al fallimento, a nuovi fruttuosi riesami.

Ma poi, dato che delle linee generali di questo libro altri ha già

autorevolmente parlato anche su queste colonne (2), e non ne sono mancati rendiconti critici anche diligentissimi come quello del Rocchi (3), ho preferito limitare questa mia indagine a un solo problema, scegliendolo tra quelli in cui il pensiero nell'Autore si afferma con maggiore originalità. La scelta non è stata facile, perché il lettore processualista trova ad ogni capitolo di questo vivo e fecondo volume argomenti che lo invoglierebbero a meditazioni e a riesami della dottrina tradizionale, da cui il Candian assai spesso risolutamente diverge: dalla impostazione del problema alla connessione nel processo fallimentare in confronto col processo esecutivo singolare, sopra tutto interessante per l'interpretazione dell'art. 847 Cod. comm. (pagg. 211-231), alla trattazione sulle azioni di restituzione nel fallimento (pag. 238 e segg.) (4), dall'interpretazione dell'art. 708 Cod. comm., nel senso di desumerne la legittimazione dei singoli creditori, aventi titolo anteriore all'atto fraudolento, ad agire ex art. 1235 Cod. civ. in luogo del curatore (pag. 276 e segg.), alla trattazione, divergente dai principî seguiti dalla dottrina dominante, della cessazione del fallimento per mancanza di attivo (pag. 549 e segg.), e della cessazione per concordato (pag. 555 e segg.), che il Candian costruisce fuori dei soliti schemi contrattualistici.

Né a riesami meno interessanti si presterebbe anche per lo studioso del processo la originalissima trattazione della teoria giuridica dei beni sopravvenienti (pag. 309 e segg.), che, in deciso contrasto cogli insegnamenti dominanti, e con una imponente ricchezza di corollarî e di conseguenze pratiche, mette in luce il formarsi di una nuova ed autonoma massa patrimoniale, in confronto della quale i diritti dei creditori concorsuali sono diversi e vanno tenuti nettamente distinti da quelli che gli stessi creditori hanno sulla massa separata (cfr. specialmente pagg. 313 e 316); e, in coerenza con queste premesse, sono abbondanti gli spunti di carattere più nettamente processuale che meriterebbero un ampio sviluppo, come quello sulla funzione di sequestratario che spetterebbe al fallito sul patrimonio postfallimentare (pagg. 416-419), e quello sulla struttura formale del pignoramento fallimentare in quanto ha per oggetto i cosiddetti beni futuri (pag. 426).

2. — Senonché, nella impossibilità di riesaminare in un articolo, colla serietà che è dovuta a uno scrittore come il Candian, tutti questi

---

(2) Liebman, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, pag. 640.

(3) *Il processo di fallimento*, in *Giur. it.*, 1934, IV, pag. 154 e segg.

(4) Cfr. ora, dello stesso Candian, *Le obbligazioni di restituzione nel fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, pag. 74 e segg.

problemi, in ciascuno dei quali egli ha lasciato l'impronta della sua schietta individualità, ho preferito limitare l'indagine a un solo problema, che, per il suo carattere preliminare e per la novità della soluzione proposta dal CANDIAN, mi sembra fondamentale: voglio dire il problema della *natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento.*

In un articolo pubblicato nel 1931, tre anni prima della pubblicazione di questo volume (5), AURELIO CANDIAN sostenne risolutamente che la sentenza dichiarativa di fallimento doveva essere classificata non tra i provvedimenti esecutivi, ma tra i provvedimenti *cautelari*: egli la concepiva infatti come un provvedimento assicurativo della *par condicio creditorum.* Questa opinione non ebbe fortuna: anzi da allora, ch'io mi sappia, la dottrina, col CARNELUTTI alla testa (6), si è mostrata unanime nel condannarla (7). Ma il CANDIAN in questo volume uscito tre anni dopo, è rimasto valorosamente fedele alla sua tesi, pur ripresentandola in termini meno recisi ed assoluti, in quanto ha creduto di riconoscere che questa sentenza, pur avendo certi « coefficienti di atto assicurativo », ha, peraltro certe « caratteristiche di « atto che apre un processo di natura prevalentemente esecutiva » (8).

Orbene, io dichiaro subito che l'opinione espressa dal CANDIAN nel 1931 mi sembra esatta; e che da lui dissento solo in quanto, nel libro successivamente pubblicato, ha creduto di doverla attenuare. A questa conclusione sono giunto di recente, nel ristudiare tutta la materia dei provvedimenti cautelari, tra i quali mi è sembrato che la sentenza dichiarativa di fallimento trovi, meglio che in qualsiasi altra casella sistematica, esatta collocazione (9): che se poi questa mia opinione, di cui ora esporrò remissivamente le ragioni, tirerà addosso anche a me energiche confutazioni sul tipo di quelle che

---

(5) *Sentenza dichiarativa di fallimento e processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, pag. 234 e segg.

(6) *Carattere della sentenza di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, pag. 158 e segg.

(7) Cfr., oltre lo scritto del CARNELUTTI citato nella nota precedente, CRISTOFOLINI, *La dichiarazione del proprio dissesto nel processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 321 (specialmente a pag. 330 in nota); ANDRIOLI, *La posizione del creditore nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, in *Foro it.*, 1934, IV, pag. 18 dell'estratto; BRUNETTI A., *Fallimento e processo di esecuzione singolare*, in *Rivista dir. comm.*, 1935, I, pag. 435 e segg., specialmente a pag. 442; BETTI, *Diritto proc. civile*, 2ª ed. a stampa, pag. 571, nota 13.

(8) CANDIAN, *op. cit.*, pag. 41; cfr., su questa attenuazione della opinione del C., ROCCHI, scritto cit., n. 3; BRUNETTI, scritto cit., pag. 442.

(9) Cfr. il mio volume, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, n. 37 (che nelle note seguenti sarà citato coll'abbreviazione *Pr. cautelari*).

furono dirette al CANDIAN, non avrò certo da lagnarmene, perché dalle serene polemiche tutti abbiamo qualcosa da imparare.

3. — Per giustificare la mia opinione, credo necessario partire da alcune premesse metodologiche, che hanno una portata più vasta della questione qui discussa.

a) Il problema della natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento viene posto e risolto da qualcuno (10) in questi termini, che schematicamente riassumo: poiché essa sentenza è la prima fase di quel processo di fallimento, che culmina coll'espropriazione, ossia « è il primo di una serie di atti, che mettono capo alla espropriazione « ed alla consegna del ricavo ai creditori » (11), ne deriva che anche la sentenza, *in quanto fa parte di un processo esecutivo, deve essere essa stessa un provvedimento esecutivo.* La soluzione del problema, per chi ragiona in questo modo, non si potrebbe trovare nel raffronto fra provvedimento e provvedimento, ma solo nel raffronto « tra « *processo e processo* »: « non si tratta di un carattere del provve- « dimento in sé, ma di un carattere *che si riflette sul provvedimento* « *dal processo* » (12).

Vi è in questo ragionamento l'affermazione di un criterio di metodo, che potrebbe formularsi così: che, per definire la natura di un provvedimento giurisdizionale, non bisogna guardare tanto agli effetti giuridici che esso, preso isolatamente, produce di per sé, quanto agli scopi ultimi che il processo, *di cui esso provvedimento fa parte*, si propone: la natura giuridica del provvedimento giurisdizionale sarebbe dunque, più che una sua proprietà intrinseca, un *riflesso* della natura giuridica del processo, il quale, componendosi di una serie di atti tra loro coordinati ad un medesimo fine, informerebbe dei suoi caratteri tutti gli atti di cui si compone, *e quindi anche il provvedimento che è uno di questi atti.*

Orbene, io dichiaro francamente che questo criterio non mi persuade: non dico che sia sbagliato, perché tutti i criterî di metodo, dato il loro carattere strumentale, hanno valore provvisorio e convenzionale, e sono tutti, secondo il punto di vista, corretti o sbagliati allo stesso modo; ma dico che non è quello di cui io preferisco servirmi. Uno dei capisaldi del sistema carneluttiano, quale appare finora dalle *Lezioni*, è, se non erro, il concetto di *funzione del processo*, e il riferimento al processo di quegli effetti sul rapporto sostanziale che

---

(10) CARNELUTTI, scritto cit., pag. 171; CRISTOFOLINI, scritto cit., pag. 330 in nota.

(11) CARNELUTTI, loc. cit.

(12) CARNELUTTI, scritto e loc. cit.

comunemente, secondo il criterio metodologico che io ritengo preferibile, sono stati sempre considerati come effetti del provvedimento giurisdizionale: si parla di *processo di accertamento*, di *processo costitutivo* e così via, come se quegli effetti dichiarativi o costituiti che la pronuncia del giudice produce sul rapporto sostanziale scaturissero non dal provvedimento giurisdizionale, ma dall'intero processo; il quale avrebbe appunto, dal suo inizio alla sua fine, in modo continuativo e dinamico, quella *funzione* di accertare o di modificare il rapporto controverso, che la dottrina dominante attribuisce invece, quando parla di *sentenza di accertamento*, di *sentenza costitutiva* e così via, al provvedimento giurisdizionale.

Ora a me sembra che in questa terminologia (nella quale perfino la funzione *giurisdizionale* ha perduto il suo nome tradizionale per chiamarsi *funzione processuale*) si annidi non diciamo un equivoco, ma certamente un traslato. Quando si parla di *processo di accertamento* invece che di *sentenza di accertamento*, in fondo non si fa del male a nessuno; purché però ci si intenda prima sul significato da dare a quella frase, la quale, se non mi inganno, altro non è in sostanza che una espressione abbreviata per indicare il *processo che mette capo a una sentenza di accertamento*. Ma allora, se così è, mi pare che, nonostante l'anacoluto, la funzione di accertare non sia del processo, ma del provvedimento che attraverso il processo si forma.

Anche il processo, inteso come serie di atti che metton capo al provvedimento giurisdizionale, ha indubbiamente una sua funzione: ma essa non è altro che quella di *preparare il provvedimento*, dal quale solo scaturiscono quegli effetti sul rapporto sostanziale, che il processo di per sé stesso non produce, e che sono diversi secondo la diversa natura del provvedimento. L'organo giudiziario, che si trova investito di una certa controversia, rimane durante tutto lo svolgimento del processo in attesa del momento in cui, esauriti gli atti processuali preparatorî, egli possa esercitare, quasi come se facesse scoccare una scintilla elettrica, il suo potere giurisdizionale: gli effetti del quale si manifestano non in quanto esista un processo, ma in quanto il processo riesca a dar vita ad un provvedimento, il quale soltanto può esser legittimamente classificato come *dichiarativo, costitutivo*, ecc., perché gli effetti dichiarativi o costitutivi (che sono poi i varî aspetti della *funzione* giurisdizionale) scaturiscono da esso e non dal processo che lo precede.

Per questo io credo che, se si vuol procedere a classificazioni dei varî tipi di processo, siano sistematicamente soddisfacenti solo quelle che si basano su criterî desunti dalla *forma* degli atti che compongono il processo (per es. la distinzione tra processo *orale* e processo *scritto*) o dalla figura che esso assume secondo la dispsizione in cui tali atti

si succedono (per es. la distinzione tra processo *ordinario* e processo *sommario*), o dalla prevalenza con cui si combinano nel processo i poteri dei varî soggetti (per es. la distinzione tra processo *dispositivo* e processo *inquisitorio*). E se anche nella comune terminologia si contrappone talvolta il processo *di cognizione* a quello di *esecuzione*, come se la qualifica indicasse un attributo proprio del processo, bisogna per forza riconoscere, quando si voglia arrivare a renderci conto della sostanza che sta sotto le parole, che qui ci si serve, per classificare il processo, di un criterio desunto non dal processo ma dal provvedimento che il processo prepara, e che in questo modo di dire il *prius* logico è il provvedimento, dalla nozione del quale si ridiscende a ritroso per qualificare il processo, e non viceversa.

Chiedo scusa ai lettori di questa troppo lunga digressione; ma essa mi è parsa indispensabile per giungere ad avere idee chiare sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento. Quando, infatti, si dice che il fallimento è un processo esecutivo (e su questo credo che si possa essere tutti d'accordo), si prende in considerazione la natura indubbiamente esecutiva dei provvedimenti (di espropriazione del patrimonio del fallito, e di repartizione dell'attivo tra i creditori) ai quali il processo di fallimento mette capo, e, camminando all'indietro da questi provvedimenti finali, si colora della stessa qualifica, per brevità di espressione, tutto il procedimento; ma questo non significa già che debbano avere necessariamente natura esecutiva tutti i provvedimenti intermedî che nel corso di questa lunga serie di atti processuali possono incontrarsi prima di giungere alla esecuzione finale. È noto che (anche a prescindere dal fenomeno della pluralità dei gradi) può accadere che nel corso di uno stesso processo siano emanati successivamente più provvedimenti, attraverso ciascuno dei quali la giurisdizione si esercita, con ripetuti interventi graduali, sul medesimo rapporto sostanziale: se di solito, nella ipotesi più semplice esaminata *in vitro*, si studia il processo che si esaurisce nella emanazione di un unico provvedimento, si hanno però nella realtà processi in cui, prima di arrivare al provvedimento finale, si incontrano, a guisa di tappe del cammino che conduce a quella meta, provvedimenti che incidono nel processo, e che chiudono una tappa di esso aprendone un'altra; e assai volte questi provvedimenti incidentali hanno, se si definiscono secondo gli effetti che da essi scaturiscono sul rapporto sostanziale, natura diversa da quella del provvedimento finale. Tutti sanno che, ad esempio, nel corso del processo di espropriazione immobiliare (che, appunto perché mette capo alla espropriazione ed alla soddisfazione dei creditori, si qualifica tutto quanto *esecutivo*) possono trovar posto incidentalmente, per risolvere controversie insorte in occasione di esso fra il debitore e il creditore procedente, o

tra il creditore e un terzo o tra i creditori concorrenti, provvedimenti che sono indubbiamente *di cognizione*. E anche nel corso del processo fallimentare, quantunque esso possa qualificarsi tutto intero come esecutivo per le ragioni dette sopra, possono essere emanati provvedimenti (per es. le sentenze che risolvono le contestazioni dei crediti), dei quali nessuno dubita che siano provvedimenti *di cognizione*, quantunque occasionati da un processo esecutivo, ed in esso inseriti a mezza strada.

Tutto questo deve far riflettere alla possibilità, accanto ai processi *semplici* (che mettono capo a un solo provvedimento), di processi *complessi*, nei quali la giurisdizione, invece di essere esercitata una sola volta, come momento finale del processo, viene esercitata *in più volte*, attraverso una serie di provvedimenti successivi, tutti appartenenti allo stesso processo, ciascuno dei quali, preso in sé, ha propri effetti sul rapporto sostanziale, e in relazione a questi una sua propria natura. Il fallimento è appunto uno di questi processi *complessi*: e il fatto che esso sia destinato normalmente a sboccare nella esecuzione, se può autorizzare a qualificarlo esecutivo in vista del suo scopo ultimo, non toglie che nel corso del medesimo possano essere emanati provvedimenti che, in sé considerati, non hanno carattere esecutivo, o che esso, a chi lo analizzi da vicino, appaia, nella sua apparente unicità, come la concatenazione o la giustapposizione di più fasi processuali, ciascuna delle quali mette capo a un proprio provvedimento e si colora della natura specifica di quello.

Tutto questo non è una novità: è una nozione elementare che si trova nel CHIOVENDA, il quale insegna che « il processo di fallimento « è *complesso*. In esso si presenta l'attuazione della volontà della legge « in tutte le sue varie forme: cognizione, conservazione, esecuzione; « *è naturale che la funzione di conservazione si manifesti per « prima* » (13).

4. — *b*) Per arrivare a considerare la sentenza dichiarativa di fallimento come un provvedimento cautelare, bisogna chiarire anche un'altra premessa sistematica: che, cioè, i provvedimenti cautelari non costituiscono un *tertium genus*, contrapponibile sullo stesso piano logico ai provvedimenti di cognizione ed a quelli di esecuzione, in modo che, qualificando un provvedimento come *cautelare*, rimanga escluso con questo che esso sia dichiarativo o esecutivo; ma costituiscono una categoria formata in base a un carattere di scelta, che è diverso da quello per cui i provvedimenti di cognizione si distinguono da

---

(13) *Istituzioni*, I, 2ª ed., pag. 258; *Principii*, 3ª ed., pag. 234.

quelli di esecuzione, e per il quale la qualifica di cautelare data ai provvedimenti di questo gruppo non esclude che ciascuno di essi possa poi, in base a un diverso criterio di classificazione, apparire come appartenente ai provvedimenti di cognizione o a quelli di esecuzione. Chi, senza questa necessaria avvertenza, volesse tripartire i provvedimenti giurisdizionali in dichiarativi, esecutivi e cautelari, farebbe una classificazione illusoria per eterogeneità dei termini, come chi dicesse, per esempio, che gli esseri umani si distinguono in uomini, donne, ed europei.

Questa posizione sistematica dei provvedimenti cautelari, concepiti non come terzo tipo contrapponibile ai provvedimenti di cognizione e a quelli di esecuzione, ma come *sottotipo* degli uni e degli altri, affermata già per il sequestro da ALFREDO ROCCO, è stata energicamente messa in luce dal CARNELUTTI, specialmente in quel suo scritto sopra ricordato (14), le premesse del quale su questo punto mi sembrano, pur dissentendo sulla applicazione che esso ne fa alla sentenza dichiarativa di fallimento, fondamentali (15).

Solo chi tenga presenti tali premesse può comprendere come tra certe tesi apparentemente antitetiche che sono state enunciate a proposito della sentenza dichiarativa di fallimento, non sia impossibile trovare una conciliazione, quando rifletta che i varî sostenitori di esse hanno considerato tale sentenza da diversi punti di vista: così l'accogliere la tesi di chi sostiene che la sentenza dichiarativa di fallimento è un provvedimento di cognizione, cioè una sentenza in senso proprio e non soltanto in senso formale, non vuol dire respingere la tesi di chi la considera come un provvedimento cautelare, perché un provvedimento può esser cautelare senza cessar per questo di essere un provvedimento di cognizione; come, viceversa, il riconoscere che dalla sentenza dichiarativa di fallimento scaturiscono immediatamente certi effetti esecutivi, non vuol dire escludere con questo che essa sia un provvedimento cautelare, perché anche i provvedimenti di cognizione cautelare possono essere idonei alla esecuzione forzata, e si può parlare per essi di *titolo esecutivo cautelare* e di una conseguente *esecuzione forzata cautelare.*

5. — Chiarite così le premesse sistematiche da cui muovo, penso che si debba in base ad esse riconoscere che la sentenza dichiarativa di fallimento è, prima di tutto, un vero e proprio provvedimento di cognizione: e più precisamente una di quelle sentenze che la dottrina ormai conosce sotto il nome di *costitutive necessarie.* Questa opinione,

---

(14) In *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, pag. 159 e segg.

(15) Cfr. il mio volume *Provvedimenti cautelari*, nn. 2 e 43.

che è in sostanza quella sostenuta dall'INVREA (16), al quale io qui parzialmente aderisco, si trova vigorosamente combattuta, nello scritto più volte citato, dal CARNELUTTI (17): il quale, mentre riconosce (si noti bene!) che la sentenza dichiarativa è un provvedimento *di cognizione* (ossia, nella terminologia carneluttiana, un « provvedimento *giurisdizionale* ») quando è « ottenuta dal creditore con le forme del « processo di cognizione » (18), insegna invece che essa, quando è emanata con le forme previste dal Codice di commercio, è, nonostante il nome di sentenza, un mero provvedimento esecutivo, come sarebbe (gli esempî sono dello stesso C.) « l'atto di pignoramento mobiliare a « cui procede l'ufficiale giudiziario » o la « nomina del sequestratario « all'immobile fatta dal tribunale secondo l'art. 2085 Cod. civ. ».

Io non sono tra coloro che, abituati, come sempre nel citato scritto si legge, a « adagiarsi tranquillamente sulla identità della denomi- « nazione », si spaventano come di una eresia a sentir dire che un atto chiamato sentenza possa avere in sostanza la natura di un pignoramento; e conosco anch'io certi casi in cui indubbiamente quella che è la forma normale del provvedimento di cognizione è stata adoprata dal legislatore per rivestirne la sostanza di un provvedimento esecutivo (per es. la cosiddetta « sentenza di vendita » del processo di espropriazione immobiliare). Ma non riesco a persuadermi che la sentenza dichiarativa di fallimento abbia diversa natura, e si debba quindi qualificare ora come provvedimento di cognizione ed ora come provvedimento di esecuzione, secondoché essa sia emanata nelle forme dell'ordinario processo di cognizione previsto dal Codice di procedura civile ovvero nelle forme abbreviate previste dal Codice di commercio; e mi pare che, se si riconosce che essa è un provvedimento di cognizione nel primo caso, non vi siano ragioni plausibili per sostenere che non sia tale del pari nel secondo.

In verità, se si pongono una accanto all'altra a scopo di raffronto due sentenze dichiarative di fallimento, una emanata (su citazione del creditore) nelle forme del Codice di procedura civile, ed una emanata (su dichiarazione del debitore o su istanza dei creditori o anche d'ufficio) nelle forme del Codice di commercio, e si cerca, astraendo da ogni preconcetto teorico, di stabilire le differenze che passano tra questi due atti, mi pare che sicuri caratteri differenziali non si possano riscontrare se non in relazione a questi due punti: 1°) alla diversa estensione della cognizione che precede la emanazione

---

(16) *La natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, pag. 534 e segg.

(17) In *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, pagg. 162-63.

(18) Ivi, pag. 157.

del provvedimento (che nel primo caso è una cognizione *ordinaria*, cioè approfondita, e nel secondo caso è una cognizione *sommaria*, cioè superficiale); 2°) alla diversa impugnabilità del provvedimento (che nel primo caso potrà essere *appellabile*, mentre nel secondo sarà *opponibile* ex art. 693 Cod. comm.). *Ma queste differenze non riguardano l'oggetto della cognizione, che in ambedue i casi rimane il medesimo*; e quando io vedo (o mi par di vedere) che in questi due casi il *thema decidendum* è lo stesso, e che in ambedue i casi il giudice compie, sia pure con diversa rapidità, la stessa operazione logica consistente nel paragonare una fattispecie legale a una fattispecie reale e nell'accertare che si verificano in concreto per questa le conseguenze giuridiche disposte in astratto dalla norma, mi pare di non lasciarmi vincere con questo dalla pigrizia intellettuale dei pratici che si adagiano sulla identità delle denominazioni, ma di lasciarmi guidare dal buon senso, che anche nelle costruzioni teoriche non è delitto tenere in qualche considerazione.

Il rapporto che passa tra queste due sentenze dichiarative di fallimento è, insomma, se devo credere ai miei occhi, lo stesso che passa tra la ingiunzione emanata nel processo monitorio e la ordinaria sentenza di condanna; lo stesso che passa tra il decreto che concede il sequestro conservativo su ricorso, nelle forme dell'art. 925 Cod. proc. civ., e la sentenza che lo concede su citazione, quando al creditore piaccia, come non è vietato, richiederlo nelle forme del processo ordinario. In tutti questi casi tra il provvedimento emanato *inaudita altera parte* e il provvedimento emanato previo contraddittorio, passano tutte le differenze, ben note alla dottrina, per le quali si distinguono, *sempre rimanendo nel campo dei provvedimenti di cognizione*, i provvedimenti sommarî; ma non per questo si può dire che il provvedimento sommario, solo perché l'accertamento avviene attraverso una cognizione abbreviata (contro i pericoli della quale sono dati appositi mezzi per provocare posticipatamente il contraddittorio, che nel processo ordinario precede il provvedimento), cessi di essere un accertamento, cioè un provvedimento di cognizione. Insomma io penso che, se non si arriva a riportare nel campo del processo esecutivo tutti i procedimenti di cognizione cosiddetti sommarî (e far questo vorrebbe dire rinnegare conclusioni su cui tutta la moderna dottrina processuale sembra unanime), non si può logicamente considerare come provvedimento esecutivo la sentenza dichiarativa di fallimento solo perché essa sia basata, anziché su cognizione piena, su quella cognizione abbreviata, che è caratteristica di tutti i provvedimenti di cognizione cosiddetti sommarî (19).

---

(19) Cfr. in proposito INVREA, scritto cit., nn. 6-8; CANDIAN, *op. cit.*, pag. 64.

È notevole che il CARNELUTTI, quando vuol dimostrare, contro l'opinione dell'INVREA, che la sentenza dichiarativa di fallimento, resa nelle forme del Codice di commercio, è un provvedimento esecutivo e non un provvedimento (sommario) di cognizione, non punta la sua argomentazione sulla mancanza del contraddittorio né sulla mancanza della domanda di parte, che si riscontra nel fallimento dichiarato d'ufficio. Egli ammette, insomma, non solo che possa esservi un accertamento senza contraddittorio, ma altresì che possa esservi, sia pure come rara curiosità della flora giuridica, un « processo di co- « gnizione a iniziativa del giudice ». Ma il fulcro del suo ragionamento è un altro: egli nega carattere di provvedimento di cognizione alla sentenza dichiarativa di fallimento resa nelle forme del Codice di commercio, perché secondo lui, essa *non contiene un accertamento.* « Ma che cosa accerta, sia pure provvisoriamente, cioè salva la oppo- « sizione, il tribunale colla sentenza di fallimento? I debiti del fallito « o alcuno tra questi certamente no, onde è da scartare non dico la « sua identità, ma persino la sua analogia col decreto di ingiunzione « e, in genere, col titolo esecutivo. Il decreto di ingiunzione, in ultima « analisi, ha il contenuto di una condanna; e nessuna condanna, per « quanto provvisoria e revocabile, si contiene nella sentenza di « fallimento » (20).

Giustissimo. Ma se è vero che la sentenza dichiarativa di fallimento, *resa nelle forme del Codice di commercio,* non è un provvedimento di cognizione *perché non accerta « i debiti del fallito »*, come può allora lo stesso CARNELUTTI qualificare come provvedimento di cognizione la sentenza di fallimento resa nelle forme del processo ordinario, la quale non accerta neppur essa i debiti del fallito, ma si limita ad accertare (come la sentenza resa nelle forme del Codice di commercio!) la esistenza di quelle condizioni di fatto che, secondo la legge, sono necessarie e sufficienti per dichiarare il fallimento? Anche qui mi pare che al ragionamento del CARNELUTTI si possa opporre un dilemma difficilmente superabile: o si ritiene che il carattere, per il quale la sentenza dichiarativa di fallimento non è un provvedimento di cognizione, debba esser individuato nella mancanza in essa di un accertamento dei debiti del fallito; e allora bisogna coerentemente concludere che *non è provvedimento di cognizione neanche la sentenza resa nelle forme ordinarie su citazione del creditore*; ovvero si ritiene che questa sia un provvedimento di cognizione perché contenente un accertamento (non dei debiti del fallito, ma delle condizioni di fatto necessarie e sufficienti per la dichiarazione

(20) Ivi, pag. 162.

di fallimento), e allora bisogna coerentemente concludere che *è un provvedimento di cognizione anche la sentenza resa nelle forme del Codice di commercio*, perché anch'essa contiene, sia pure attraverso cognizione sommaria invece che attraverso cognizione piena (differenza che, per riconoscimento dello stesso CARNELUTTI non altera la natura del provvedimento), l'accertamento di quelle stesse condizioni che portano per legge al fallimento, ossia l'accertamento di un « *thema decidendum* » *perfettamente identico* (21).

6. — La sentenza dichiarativa di fallimento è dunque, a mio avviso, un provvedimento di cognizione, che accerta, come accade in tutte le sentenze costitutive, le condizioni di fatto necessarie e sufficienti affinché possa prodursi *ope iudicis* quel mutamento giuridico che la legge riconnette a quelle fattispecie: se bastasse, per dimostrare che la sentenza dichiarativa di fallimento non è un provvedimento di cognizione, osservare che essa non contiene l'accertamento di un rapporto obbligatorio (cioè, per adoprare l'espressione del CARNELUTTI, « dei debiti del fallito ») un'osservazione analoga porterebbe a negare il carattere di provvedimento di cognizione alla sentenza che, per ordinare il sequestro giudiziario, si limita ad accertar la esistenza nel caso concreto delle condizioni previste dall'art. 921 Cod. proc. civ., o alla sentenza che, per pronunciare la interdizione, deve avere accertato nient'altro che la infermità di mente dell'interdicendo; o, in generale, a tutte le sentenze costitutive.

Ma, secondo il CARNELUTTI, il fatto che il Tribunale, per arrivare a dichiarare il fallimento, debba previamente accertare l'esistenza in concreto delle condizioni a cui la legge ricollega tale provvedimento, non basterebbe a dare a tale accertamento il carattere di un atto di cognizione. Anche l'organo esecutivo, dice il CARNELUTTI, « deve co- « noscere, prima di eseguire »: talché non si può, se non si vuol prestare ossequio a una vecchia « superstizione », porre come criterio per differenziare il provvedimento di cognizione da quello di esecuzione la presenza nel primo di un'attività intellettiva, che si trova in realtà, sia pur con diversi scopi, anche nel secondo: « la differenza « tra questi non sta in ciò che l'ufficiale di esecuzione agisca a occhi

---

(21) Né varrebbe dire che nella sentenza dichiarativa di fallimento resa nelle forme del Codice di procedura civile si accerta *almeno* il debito del fallito verso il creditore procedente; sia perché la qualità di creditore non è qui oggetto del giudizio, ma casomai condizione di legittimazione, sia perché il fallimento non deriva dall'aver accertato l'esistenza di quel credito, ma dall'aver accertato le altre circostanze in cui si concreta, indipendentemente da quel singolo credito insoddisfatto, lo stato di cessazione dei pagamenti.

« chiusi, cioè senza conoscere, ma che conosce *per attuare la sanzione*, « mentre il giudice conosce *per comandare* » (22).

Ora si potrebbe obiettare, a costo di apparir superstiziosi, che il porre su lo stesso piano logico e giuridico l'attività intellettiva di cui chi « giudica » si serve per accertare il rapporto sostanziale, e l'attività intellettiva di cui chi « esegue » si serve per determinarsi ad intraprendere l'esecuzione, significa per avventura perder di vista quella fondamentale distinzione tra il conoscere *sull'attività altrui* e il conoscere *sull'attività propria*, che nella moderna dogmatica processuale, è, se non erro, la base di tutta una serie di fruttuose applicazioni sistematiche; basti ricordare, per fermarsi a due esempî, che proprio a quella fondamentale distinzione si inspira la teoria dei mezzi di impugnativa quando contrappone i vizî *di giudizio* ai vizî *di attività* (*errores in iudicando* ed *errores in procedendo*), e che forse, se non si risale ad essa, si annebbia la linea di confine tra il concetto di cosa giudicata e quello di preclusione, e si arriva necessariamente a porre il titolo esecutivo sullo stesso piano delle prove del processo dichiarativo.

Ma, superando anche queste « superstizioni », e dando per ammesso che nel processo esecutivo si possa parlare di « istruzione » e di « cognizione » nello stesso senso, tecnicamente preciso, in cui se ne parla nel processo dichiarativo, io credo che neanche le premesse da cui parte il CARNELUTTI (secondo il quale tra la cognizione del giudice e quella dell'esecutore vi sarebbe soltanto una differenza di scopo, in quanto la prima servirebbe *per comandare*, mentre la seconda servirebbe *per attuare la sanzione*) possono portare a considerare la sentenza di fallimento come un provvedimento esecutivo.

« Comandare », nel processo di cognizione, significa render concreto e speciale, attraverso la constatazione della coincidenza della fattispecie reale colla fattispecie legale, il comando generale ed astratto contenuto nella norma: significa accertare, attraverso una diretta indagine *sulla realtà*, l'esistenza di quelle condizioni di fatto, le quali sono necessarie e sufficienti affinché la volontà, potenzialmente depositata nella norma, diventi, per il rapporto controverso, *attuale* ed *individuata*.

L'attività intellettiva del giudice nel processo dichiarativo mira dunque *alla individuazione del comando*: cioè, all'accertamento nel campo del diritto sostanziale, delle condizioni di fatto necessarie e sufficienti *per pronunciare tale individuazione*. L'organo esecutivo, invece, se pur prima di procedere all'esecuzione deve naturalmente,

---

(22) Scritto cit., pag. 164.

per non procedere alla cieca, svolgere una certa attività intellettiva diretta ad accertare la esistenza delle condizioni dalle quali sorge il suo dovere di agire (23), *si trova in ogni caso di fronte ad un comando già individuato e concreto*, che si incorpora nel *titolo esecutivo*; sicché, mentre la cognizione del giudice mira ad accertare nel campo dei rapporti sostanziali la esistenza delle condizioni di fatto necessarie e sufficienti per procedere alla *individuazione di un comando non ancora giudizialmente individuato*, ossia di una volontà *non ancora fissata in una formula speciale*, la cognizione dell'esecutore si limita ad accertare l'esistenza di *un comando già individuato e specialmente formulato*, oltre il quale gli è preclusa ogni indagine diretta sulla realtà. Tra la conoscenza dell'esecutore e la realtà si trova dunque frapposto, a guisa di schermo non valicabile, il *titolo esecutivo*: su questo l'esecutore trova scritto a chiare lettere *ciò che egli deve fare*, e altro non gli resta che obbedire, senz'altra curiosità, senz'alcuna possibilità di spingere lo sguardo dietro quello schermo, e di rifare per conto suo quel lavoro di raffronto tra la norma astratta e la realtà concreta, che è stata definitivamente compiuta dal giudice nella fase di formulazione del comando.

Se tutto questo è esatto (e mi par che sia, perché si tratta in verità di concetti elementarissimi), il problema della natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento si può porre in questi termini: il Tribunale che dichiara il fallimento si limita, come l'esecutore, ad accertare l'esistenza di un comando *già individuato*, ovvero si spinge ad accertare, mediante diretto raffronto tra la norma astratta e la realtà, le condizioni necessarie e sufficienti per giungere alla *individuazione del comando*? Il quesito, per adoprare una terminologia più vicina alla pratica quotidiana, potrebbe anche porsi così: il Tribunale che dichiara il fallimento, si limita ad accertare la esistenza di un titolo esecutivo *già nato*, ovvero si spinge a ricercare se nel campo sostanziale esistano le condizioni di fatto necessarie e sufficienti *per farlo nascere*?

In verità, quand'io leggo che « c'è tanta sostanza di accertamento nella sentenza, di cui ci stiamo occupando, quanta nell'atto di pignoramento mobiliare, a cui procedere l'ufficiale giudiziario » (24), non posso fare a meno di porre a me stesso un'obiezione alla quale proprio non riesco a trovare colle mie forze una replica soddisfacente: l'ufficiale giudiziario accerta, nel titolo esecutivo, l'esistenza di un comando *già formulato* che gli impone di pignorare; ma il Tribunale che dichiara il fallimento a quale titolo esecutivo si conforma? a quale

(23) Cfr. in questo senso CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, 2ª ed., pag. 282.
(24) CARNELUTTI, scritto cit., pag. 164.

comando *già formulato* obbedisce? L'ufficiale giudiziario, quando ha letto nel titolo esecutivo il comando di eseguire (che, logicamente, è la conclusione di un sillogismo) non può risalire, per sottrarsi al suo dovere di esecutore, alle premesse logiche da cui quella conclusione, in seguito a un ragionamento *già compiuto da un'altra autorità*, deriva; ma il Tribunale fallimentare ha proprio l'ufficio di costruire le premesse logiche da cui dipenderà la conclusione del *suo* sillogismo, cioè la dichiarazione di fallimento. Il Tribunale fallimentare è tanto poco l'esecutore *in procedendo* di un comando già formulato, che ad esso è affidato l'ufficio di decidere *in iudicando* se il comando debba o non debba esser formulato, cioè se il fallimento debba essere pronunciato o no. Prima del pignoramento *c'è un comando già formulato*, che dà al creditore la certezza di poter ottenere dall'ufficiale giudiziario una certa attività esecutiva; prima della sentenza dichiarativa è *incerto* se il fallimento sarà dichiarato e se mai sorgerà per gli organi esecutivi un dovere di esecuzione.

Come si possono confondere le due ipotesi?

7. — Senonché, di fronte a queste considerazioni che, a mio credere, portano inevitabilmente a definire la sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento di cognizione in senso proprio, cioè come vera sentenza non solo nella forma ma anche nel contenuto, si può opporre questa obiezione: che la sentenza dichiarativa di fallimento, appena pronunciata, produce su tutto il patrimonio del fallito gli stessi effetti (ed anzi effetti assai più penetranti) che il pignoramento produce sui mobili pignorati: talché, se gli effetti che il pignoramento produce su quei beni si qualificano esecutivi (e a nessuno verrebbe in mente di non qualificarli come tali), non si capisce come si possa contrastare la natura esecutiva di un provvedimento, qual'è la sentenza dichiarativa, dal quale scaturiscono effetti analoghi, ma in un ambito molto più vasto.

Questa obiezione però non potrebbe mai portare a escludere che la sentenza dichiarativa sia, *prima di tutto*, un provvedimento di cognizione; potrebbe tutt'al più portare ad ammettere che la sentenza dichiarativa sia *anche* un provvedimento di esecuzione, in quanto si ritenga che cumuli in sé, in una forma apparentemente unica, la sostanza di due provvedimenti (concepibili anche, teoricamente, come separati l'uno dall'altro), dei quali il primo consisterebbe in un accertamento, mentre il secondo, con effetti analoghi a quelli del pignoramento, sarebbe da considerarsi come la esecuzione del primo. Si tratterebbe dunque di una di quelle sentenze che io ho proposto di chiamare « oggettivamente complesse », in cui la formulazione del comando si fonde colla immediata attuazione del medesimo.

Si ripresenta, insomma, nella sentenza dichiarativa di fallimento, lo stesso fenomeno che si riscontra in tutte le sentenze costitutive: nelle quali, com'è noto, la dottrina tende a distinguere, cumulati in un provvedimento, formalmente unico, due diversi momenti sostanziali, in quanto esse sentenze « non si esauriscono nell'accertamento della « situazione preesistente, ma all'accertamento fanno seguire una pro- « nunzia che tende per l'appunto a modificarla » (25). Se questo secondo momento si debba considerare di natura amministrativa (giurisdizione volontaria) o giurisdizionale (esecuzione forzata), è controverso secondo i casi: ma è noto che la distinzione tra i due momenti non è meramente teorica, perché, di fronte a molti casi di sentenze costitutive cumulanti in sé questi due momenti, si potrebbe agevolmente pensare un diverso ordinamento (e qualche esempio si ha nel diritto positivo) (26), in cui essi fossero scissi anche praticamente in due provvedimenti separati, il primo avente il carattere di un mero accertamento, e il secondo avente il carattere di una esecuzione (amministrativa o giurisdizionale, secondo i casi) del primo (27).

Ora nella sentenza dichiarativa di fallimento si ha appunto questo fenomeno: che, mentre si potrebbe astrattamente pensare un sistema fallimentare in cui la sentenza dichiarativa si limitasse ad accertare l'esistenza delle condizioni necessarie e sufficienti per procedere al fallimento, ed occorresse poi un ulteriore separato provvedimento dell'organo esecutivo per sottrarre il patrimonio alla disponibilità del fallito (come accade, per es., nel procedimento di sequestro conservativo, in cui il provvedimento che accerta le condizioni necessarie e sufficienti per la concessione del sequestro, art. 925 Cod. proc. civ., è distinto dal provvedimento con cui il sequestro si esegue, art. 930 stesso Codice), nel sistema fallimentare vigente questi due momenti si trovano cumulati in un unico atto, dato che, trattandosi di indisponibilità che colpisce tutto il patrimonio, non vi è qui bisogno di quella individuazione dei beni da sequestrare che, nel sequestro conservativo, può essere operata soltanto al momento della esecuzione del sequestro (28).

Lo stesso Carnelutti, del resto, costruisce in questo modo la sentenza dichiarativa di fallimento, quand'essa è ottenuta dal creditore nelle forme del processo di cognizione ordinario: qui si avrebbe,

---

(25) Betti, *Cosa giudicata*, in *Enc. it.*, vol. XI, pag. 562, vol. 2.

(26) Cfr. il caso citato in *Studi*, I, pag. 258, nota 45.

(27) Cfr. *Studi*, I, pag. 231 e segg.; III, pag. 19 e segg. (e specialmente pag. 29 e note).

(28) Candian, *Processo di fallimento*, n. 229; Invrea, scritto cit., n. 10, pag. 543.

secondo lui, « un *provvedimento giurisdizionale* [ossia, secondo la « comune terminologia, un provvedimento *di cognizione*] *a cui accede* « *un provvedimento esecutivo*; ciò vuol dire che un solo documento « contiene due atti processuali diversi ». Orbene quello che il CARNELUTTI insegna per la dichiarazione di fallimento pronunciata nelle forme del processo ordinario, vale, secondo me, anche per la dichiarazione pronunciata nelle forme del Codice di commercio: pur con le riserve, di cui sto per dire, attinenti alla natura puramente *cautelare* che ha in ogni caso questa sentenza, qualunque siano le forme in cui è emanata.

8. — La sentenza dichiarativa di fallimento si può dunque considerare come un provvedimento oggettivamente complesso, che è, insieme, *creazione di un titolo esecutivo* ed *inizio di esecuzione in conformità di quel titolo.*

Senonché, giunti a questo punto, bisogna intenderci sulla portata di questo titolo « esecutivo » e sulla natura della « esecuzione » che, in virtù di esso, si inizia, appena aperto il fallimento, sui beni del fallito. Che, ancor prima della verificazione, e quindi ancor prima che sia accertata l'esistenza di crediti da sodisfare a concorso sul patrimonio del fallito, la dichiarazione di fallimento produca immediatamente alcuni effetti, i quali, in quanto consistono in una invasione coattiva nella sfera giuridica del debitore, possono senz'altro qualificarsi di esecuzione forzata, non sembra dubbio: non solo perché il fallito, appena dichiarato il fallimento, perde il potere di disporre del suo patrimonio, ma anche perché l'amministrazione del medesimo passa subito nel curatore, che può senz'altro intraprendere gli atti necessarî per la ricostruzione della massa attiva. Ma il fatto che in base alla sentenza dichiarativa si operi senz'altro una invasione coattiva nella sfera giuridica del debitore, non basta a far ritenere che questi effetti esecutivi appartengano alla esecuzione « definitiva » o « satisfattiva » (29), e ad escludere che essi non debbano piuttosto qualificarsi come esecuzione forzata di un provvedimento *cautelare*, ossia come effetti di mera *esecuzione cautelare.*

Accanto agli effetti esecutivi del pignoramento, che toglie al debitore la disponibilità dei beni pignorati *perché su di essi il creditore ha diritto di sodisfarsi*, il processo conosce gli effetti esecutivi del sequestro conservativo, che toglie al preteso debitore la disponibilità dei beni sequestrati *per dar tempo a colui che si afferma creditore di far accertare se ha veramente diritto di sodisfarsi sui medesimi.*

---

(29) Cfr., per questa terminologia, CARNELUTTI, scritto cit., pag. 171.

Si tratta appunto di vedere se gli effetti esecutivi che la sentenza dichiarativa produce di per sé, ancor prima della verificazione dei crediti, si debbano considerare come *inizio di esecuzione satisfattiva*, ovvero come fase interinale di *esecuzione cautelare*, alla quale la vera e propria esecuzione forzata a scopo satisfattivo può seguire soltanto in un secondo tempo, dopo avvenuta la verificazione dei crediti.

Quest'ultima è, come sappiamo, la opinione del CANDIAN, alla quale io aderisco.

Ma di fronte ad essa i più recenti sostenitori della opinione contraria hanno battuto, per giungere a dimostrare che il fallimento avrebbe fin dall'inizio natura di esecuzione satisfattiva, due diverse vie.

a) Secondo alcuni, i quali concepiscono la esecuzione fallimentare come indirizzata alla sodisfazione (sia pur per *quoziente*) (30) dei diritti *individuali* dei creditori, e in questo senso la qualificano esecuzione satisfattiva, il fallimento costituirebbe un fenomeno di anticipazione dell'inizio della esecuzione forzata sulla creazione del titolo esecutivo (in deroga al principio dell'art. 553 Cod. proc. civ.), in quanto, coll'apertura del processo fallimentare si inizierebbe già la esecuzione volta *a sodisfare i creditori*, prima che i loro diritti siano accertati nella fase di verificazione.

b) Secondo altri, per riconoscere fin dall'inizio la natura esecutiva del processo fallimentare, bisognerebbe non considerarlo come indirizzato alla sodisfazione dei diritti individuali, ma, piuttosto, come espressione di un'*azione esecutiva* o *concorsuale*, di cui sarebbe titolare il curatore, la quale non mirerebbe alla sodisfazione *dei singoli creditori*, ma alla ricostituzione e liquidazione del patrimonio del fallito; e siccome, si dice, tale ricostituzione e liquidazione si inizia fin dall'apertura del fallimento, la sentenza dichiarativa dovrebbe appunto considerarsi come titolo esecutivo in relazione a questa azione esecutiva collettiva o concorsuale, che non presuppone l'accertamento dei singoli crediti e l'inadempienza del debitore di fronte ad essi; ma soltanto l'accertamento dello stato di cessazione dei pagamenti (31).

9. — *a*) In quanto alla prima opinione, che è autorevolmente rappresentata dal CARNELUTTI (32), mi pare che la sua insostenibilità derivi sicuramente, direi quasi automaticamente, dalla combinazione

---

(30) CARNELUTTI, *Esecuzione*, I, n. 190.

(31) Cfr. ANDRIOLI, *La posizione del creditore nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, cit.

(32) In *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 159 cit.; cfr. anche CRISTOFOLINI, nella stessa *Riv.*, 1931, I, 329; e BETTI, *Dir. proc. civ.*, pag. 571, nota 13.

di due principî: quello, ammesso dallo stesso CARNELUTTI (33), secondo il quale nel processo fallimentare l'accertamento dei crediti, e quindi la creazione del titolo esecutivo volto alla sodisfazione dei medesimi, non si compie prima della fase di verificazione; e quello, scritto nella legge, secondo il quale l'esecuzione forzata, volta a sodisfare il creditore, non può iniziarsi fino a che il diritto del creditore non sia stato accertato nel titolo esecutivo. Se non si dimostra che una di queste due premesse sia errata, bisogna per forza arrivare a concludere che l'esecuzione che si svolge nel fallimento, dalla sentenza dichiarativa al compimento del giudizio di verificazione, *non ha natura satisfattiva.*

Ma la dimostrazione dell'inesattezza di queste due premesse non è stata data ancora in modo convincente: in particolare mi sembra poco persuasiva la argomentazione con cui qualcuno ha cercato di sostenere (34) che il principio dell'art. 553 sarebbe scritto diciamo così per figura, in quanto nel nostro diritto si avrebbero numerosi altri casi (oltre quello del fallimento) in cui la esecuzione satisfattiva potrebbe, contrariamente al disposto di quell'articolo, essere iniziata prima della creazione del titolo. Io credo che un'accurata indagine sugli esempî addotti come pretese eccezioni alla regola « *nulla executio sine titulo* », dimostrerebbe agevolmente che, anche in quei casi, o il titolo esecutivo (satisfattivo) esiste in forma di accertamento sommario, ovvero, qualora esso non sia rintracciabile neanche in questa forma abbreviata, si esce dal campo della esecuzione satisfattiva per entrare in quello delle misure cautelari. In verità, come ho cercato di dimostrare altrove (35), l'unico criterio sicuro per distinguere la esecuzione satisfattiva dalla esecuzione cautelare, è quello di ricercare, in ossequio al principio dell'art. 553, se gli atti esecutivi precedano o seguano l'accertamento (anche sommario) del diritto da sodisfare: tutte le volte in cui si vede che l'esecuzione precede questo accertamento, siamo di fronte a un caso di esecuzione cautelare, la quale non si distingue da quella satisfattiva per la diversità dei mezzi esecutivi (l'esecuzione cautelare consiste sempre in un anticipato esercizio, totale o *parziale*, degli *stessi mezzi* di cui si serve l'esecuzione satisfattiva) (36) ma solo perché questi mezzi sono posti in essere non per sodisfare un diritto già accertato (in via ordinaria o in via sommaria), ma per

---

(33) Scritto cit., pag. 166. Cfr. anche BRUNETTI A., *Fallimento e processo di esecuzione* (in *Rivista dir. comm.*, 1935, I, pag. 435 e segg.), pag. 448.

(34) Cfr. CRISTOFOLINI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 329 cit., e in *Processo d'ingiunzione* (1931), pag. 69.

(35) Cfr. il mio vol. *Pr. cautelari*, nn. 35-36; e ANDRIOLI, scritto cit., n. 1, pagg. 4-6 dell'estratto.

(36) *Pr. cautelari*, cit., pagg. 88-89.

sodisfare un diritto che, *in via di ipotesi*, si suppone possa riuscire accertato in una ulteriore fase processuale (cfr. oltre, n. 11). Se questo criterio per distinguere l'esecuzione satisfattiva da quella cautelare sia esatto, è inutile discutere qui: ma, ove esso appaia, come a me appare per le ragioni altrove esposte, ineccepibile, è certo che nella prima fase del processo fallimentare, quella che va dall'apertura alla verificazione, si ha proprio il fenomeno tipico di una esecuzione *cautelare*, che non mira a sodisfare diritti già accertati, ma solo a predisporre, mentre l'esistenza di diritti da sodisfare è ancora meramente supposta, i mezzi atti a sodisfarli quando il giudizio di verificazione li avrà trasformati *da supposti in accertati*.

10. — *b*) In quanto alla seconda opinione, che è stata sostenuta dall'ANDRIOLI (e che sotto certi aspetti si riannoda a una nota teoria del KOHLER recentemente ripresa dal LIEBMAN) (37), io mi domando se anche accogliendo l'idea, intorno alla quale vi sarebbe molto da discutere, di un'azione collettiva o concorsuale, basata sulla sentenza dichiarativa (di cui sarebbe titolare il curatore e che sarebbe volta non alla sodisfazione dei creditori, ma alla ricostituzione ed alla liquidazione della massa fallimentare), questa azione non abbia, per la funzione stessa che l'ANDRIOLI le assegna, natura tipicamente cautelare.

L'ANDRIOLI basa la sua costruzione su un certo parallelismo, che egli crede di rilevare, tra l'esecuzione fallimentare e l'esecuzione singolare. Anche in questa, egli dice, bisogna distinguere due fasi: quella che consiste nel pignoramento e nella vendita dei beni pignorati, mobili o immobili, e che sarebbe la vera e propria esecuzione forzata *contro il debitore*, per poter procedere alla quale è necessario e sufficiente il titolo esecutivo; e quella che consiste nella successiva repartizione del ricavato della liquidazione, che si svolge *tra creditori* e nella quale il titolo esecutivo contro il debitore non avrebbe più funzione alcuna. A queste due fasi del processo esecutivo individuale corrisponderebbero, secondo l'ANDRIOLI, due fasi parallele del processo fallimentare: la prima, che mira alla ricostruzione e liquidazione del patrimonio per opera del curatore, sarebbe, essa sola, la vera e propria esecuzione forzata *contro il debitore*; la seconda, che mira alla verificazione dei crediti ed alla ripartizione del ricavato della liquidazione non opererebbe più nel campo della esecuzione *contro il debitore*, ma nel piano diverso dei rapporti *tra i creditori concorrenti sulla massa liquidata*. Talché, se lo scopo immediato dell'esecuzione forzata

---

(37) *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, in *Riv. di proc. civ.*, 1934, I, pag. 140.

non è la soddisfazione dei creditori, ma la liquidazione del patrimonio del debitore, la sentenza dichiarativa di fallimento, che è titolo necessario e sufficiente per il raggiungimento di questo scopo, si dovrebbe considerare come un titolo esecutivo in sé perfetto, indipendentemente dal successivo accertamento dei crediti, il quale non sarebbe una condizione, ma, piuttosto, una *conseguenza* di un'esecuzione già compiuta.

A questa concezione dell'ANDRIOLI, si potrebbero fare, se l'ho bene intesa, una quantità di obiezioni di carattere generale, che ci porterebbero troppo lontani dal tema di questo articolo. E prima di tutto si potrebbe osservargli che, se il fine ed il momento essenziale di ogni esecuzione forzata, quello in cui l'attuazione della legge può dirsi compiuta, è la *sodisfazione del creditore*, non si riesce a comprendere come possa considerarsi titolo esecutivo in sé perfetto quello che si esaurisce nella liquidazione, arrestandosi così ad una tappa in cui il denaro ricavato dalla liquidazione dei beni si trova tuttora nel patrimonio del debitore (da cui uscirà soltanto al momento in cui servirà a sodisfare gli aventi diritto) e i diritti dei creditori si trovano tuttora in istato di insodisfazione e di attesa.

Ma, a parte questa osservazione di carattere generale, mi pare anche che tra il processo esecutivo singolare e il processo fallimentare non sussista quel preciso parallelismo che l'ANDRIOLI vi riscontra; se non altro per questa semplice considerazione: che, mentre nel processo singolare il titolo esecutivo, di cui deve esser munito il creditore procedente, non significa soltanto diritto alla liquidazione dei beni del debitore, ma significa altresì diritto di esso creditore (già accertato nei *confronti del debitore*, anche se tuttora soggetto alle eccezioni *ex iure creditorum* opponibili nella fase di graduazione) (38) a sodisfarsi sul ricavato della liquidazione, nel processo fallimentare la sentenza dichiarativa di fallimento lascia riservato alla fase di verificazione, ed assolutamente impregiudicato *anche nei confronti del debitore*, il problema della esistenza e dell'ammontare dei crediti da ammettersi al concorso. Talché, mentre il processo esecutivo singolare non si inizia se non in quanto risulti dal titolo esecutivo che vi è almeno *un creditore che ha diritto di esser sodisfatto sui beni del debitore* (onde questa esecuzione ha fin da principio natura *satisfattiva*), il processo fallimentare si apre *prima che si sappia se vi saranno* (uno o più) *creditori aventi diritto al reparto*, sicché può accadere che, nessun creditore presentandosi a chiedere di esser ammesso al passivo, o tutte le domande di ammissione essendo contestate e respinte, il

---

(38) Cfr. ANDRIOLI, scritto cit., pagg. 10-11 dell'estratto.

fallimento venga a cessare per mancanza di passivo, cioè *per mancanza di crediti da sodisfare* (39).

È proprio questa ipotesi che, se non erro, bisogna tener presente per comprendere il carattere meramente cautelare della sentenza dichiarativa di fallimento e la sua differenza dal titolo esecutivo singolare. Tutte le volte in cui nel processo individuale si ha una invasione coattiva nella sfera giuridica del debitore prima che sia accertata *nei suoi confronti* la esistenza del credito da sodisfare, siamo in presenza non di esecuzione satisfattiva, ma di una esecuzione cautelare; perché si dovrebbe ritenere altrimenti nel caso del fallimento, in cui gli effetti immediati della sentenza dichiarativa si producono prima che sia accertata, *nei confronti dello stesso fallito*, l'esistenza di crediti da sodisfare sulla massa?

L'ANDRIOLI, per confutare l'opinione del CANDIAN che sostiene la natura meramente cautelare della sentenza dichiarativa, osserva (40) che « il sequestro conservativo e giudiziario non abilitano il creditore, « che ne ha ottenuto la autorizzazione, a chiedere la vendita dei beni « pignorati, come invece può fare il curatore... », e che « un provve- « dimento assicurativo, che non ha soltanto l'efficacia di impedire gli « atti di disposizione del debitore durante il processo di esecuzione e « di impedire... atti lesivi della *par condicio creditorum*, ma persegue « il fine di attuare quest'ultima attraverso la revoca di tutti gli atti « in contrasto, cessa di esser tale, e diviene un provvedimento ese- « cutivo della più bell'acqua ». Non son d'accordo col valoroso scrittore: 1°) perché, per espressa disposizione di legge, la liquidazione del patrimonio del fallito non può essere iniziata dal curatore se non dopo compiuta la verificazione dei crediti (art. 793 Cod. comm.), il che significa, se non erro, che la sentenza dichiarativa non è, di per sé stessa, sufficiente ad abilitare il curatore alla liquidazione; 2°) perché non è esatto che la facoltà di liquidare i beni del debitore, cioè di trasformarli in denaro, sia in ogni caso inconciliabile collo scopo cautelare del provvedimento, quando l'art. 930 Cod. proc. civ. cpv. esplicitamente ammette che « se si tratti di cose per le quali vi sia « pericolo di deteriorazione, l'autorità giudiziaria che ha concesso il « sequestro può ordinarne la vendita nei modi stabiliti per gli oggetti « pignorati »; 3°) perché la facoltà di agire in revocatoria, che secondo l'ANDRIOLI darebbe carattere esecutivo « della più bell'acqua » all'attività del curatore fin dall'inizio della procedura fallimentare, può benissimo considerarsi, per insegnamento dello stesso ANDRIOLI, come preordinata a scopi schiettamente cautelari (41).

---

(39) CANDIAN, *op. cit.*, n. 312.

(40) Scritto cit., pag. 20 dell'estratto.

(41) Cfr. ANDRIOLI, *L'azione revocatoria* (Roma, 1935), n. 10.

11. — In conclusione, io credo che la sentenza dichiarativa di fallimento si possa considerare come un provvedimento complesso, che assomma in sé la sostanza di due provvedimenti, uno di cognizione ed uno di esecuzione, *aventi entrambi natura cautelare*: all'accertamento delle condizioni necessarie e sufficienti per produrre certi effetti cautelari (cioè alla *creazione del titolo esecutivo cautelare*) si accompagna la costituzione degli effetti che la legge ricollega a tale titolo (*esecuzione cautelare*). Sarebbe, insomma, tanto per fare un grossolano paragone coll'istituto cautelare che presenta maggiori affinità (e sempre tenendo presente che la indisponibilità prodotta dal fallimento differisce da quella prodotta dal sequestro non solo in estensione ma anche in profondità) (42), come se la sentenza dichiarativa di fallimento cumulasse in sé l'accertamento degli estremi necessarî e sufficienti per ordinare il sequestro conservativo di tutti i beni del fallito, e insieme la immediata esecuzione del sequestro generale così ordinato.

Ho cercato altrove di dimostrare che il carattere tipico dei provvedimenti cautelari è quello che io ho chiamato della *strumentalità ipotetica* (43). Tutte le volte in cui la efficacia pratica di un provvedimento giurisdizionale, conseguibile soltanto attraverso un lungo processo, rischierebbe di essere attenuata o annullata dal ritardo (*periculum in mora*), la misura cautelare, anticipando provvisoriamente quegli effetti del provvedimento principale che, se fossero differiti fino alla fine del processo ordinario, giungerebbero troppo tardi per riuscire praticamente efficaci, mira a far sì che il provvedimento principale possa a suo tempo operare *re adhuc integra*, sullo stesso stato di fatto su cui opererebbe se potesse essere emanato subito; e con questo mira ad assicurare in anticipo il rendimento di quest'ulteriore provvedimento alla cui riuscita la misura cautelare è preordinata. Per questo si parla di *strumentalità* dei provvedimenti cautelari, in quanto essi non sono mai fine a sé stessi, ma sono immancabilmente preordinati alla emanazione di un altro provvedimento, di cui anticipano in tutto o in parte gli effetti; per questo si dice che tale strumentalità è *ipotetica*, in quanto, per anticipare provvisoriamente gli effetti del futuro provvedimento principale, è necessario che il provvedimento cautelare si basi su un preventivo calcolo di probabilità intorno a quello che potrà essere il contenuto del futuro provvedimento principale. Si pensi, tanto per fare il caso più semplice, a quello che avviene per il sequestro conservativo: *nella ipotesi* che il credito affermato dal sequestrante possa in seguito riuscire accertato nel giudizio

(42) Cfr. CANDIAN, *op. cit.*, n. 46 e segg.

(43) *Pr. cautelari*, nn. 8, 9, 10, 19.

principale, la misura cautelare, allo scopo di assicurare la fruttuosità pratica della supposta possibile sentenza di condanna considerata come titolo per la esecuzione forzata, produce in anticipo, in forma di esecuzione cautelare, quella indisponibilità dei beni del debitore, che, se il provvedimento principale potesse essere emanato immediatamente, potrebbe essere prodotta in forza di esso come prima tappa dell'esecuzione definitiva.

Orbene, questo carattere di *strumentalità ipotetica*, che è, secondo me, tipico di tutti i provvedimenti cautelari, si riscontra in modo preciso nella sentenza dichiarativa di fallimento: la quale non è mai fine a sé stessa (*strumentalità*), in quanto la indisponibilità patrimoniale che essa produce a carico del fallito non è, da principio, altro che un mezzo per dar tempo ai creditori di fare accertare i loro crediti nella fase di verificazione, ossia di conseguire tranquillamente, senza pericolo nel ritardo, il titolo esecutivo individuale occorrente a ciascuno per prender parte all'esecuzione satisfattiva; e d'altra parte, appunto perché è emanata prima che i crediti siano accertati, essa è emanata *nella supposizione* che tali crediti sussistano, in modo che, una volta accertati, quella indisponibilità patrimoniale che nella prima fase del processo fallimentare aveva funzione cautelare a favore di diritti meramente supposti (*strumentalità ipotetica*), possa esser convertita in esecuzione satisfattiva a favore di diritti non più supposti, *ma accertati*.

L'assegnare alla sentenza dichiarativa una funzione meramente cautelare, ben distinta da quella funzione satisfattiva che il fallimento può assumere soltanto dopo la fase di verificazione, permette di considerarla come espressione di un interesse pubblico che non può confondersi cogli interessi individuali dei singoli creditori concorrenti, e che non si può neanche considerare come la somma dei medesimi. I provvedimenti cautelari sono infatti tutti quanti diretti, più che a garantire il sodisfacimento dei diritti soggettivi, ad assicurare la efficacia e per dir così la *serietà* della funzione giurisdizionale (44): sono misure predisposte, più che nell'interesse del singolo, nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento, ed anche, possiam dire, il buon nome, che sarebbe compromesso se colla lentezza del processo lo Stato sembrasse rendersi complice del debitore che, mentre il creditore si affatica per ottenere il titolo esecutivo, cerca nelle lungaggini della procedura l'occasione per mettere tranquillamente in salvo i suoi beni.

---

(44) Cfr. *Pr. cautelari*, n. 46.

12. — Questo scopo nettamente pubblicistico, attinente per così dire alla « polizia della giurisdizione », che è proprio di tutte le misure cautelari, permette di comprendere perché la sentenza dichiarativa di fallimento possa essere emanata *d'ufficio*, il che difficilmente riuscirebbe a spiegarsi se si ritenesse che fino da principio il processo di fallimento abbia carattere di esecuzione *satisfattiva* a favore dei diritti dei singoli creditori (45). Di esecuzione forzata in senso proprio, cioè in senso satisfattivo, non si può parlare se non in quanto ci sia un creditore *che vuol essere pagato*: e di *azione esecutiva* in questo senso non si può parlare se non in quanto ci sia l'iniziativa di un creditore che si rivolge allo Stato per far valere sul patrimonio del debitore il suo diritto rimasto insodisfatto. Concepire una esecuzione satisfattiva che si iniziasse d'ufficio per far pagare *chi ancora non ha dichiarato di voler esser pagato*, vorrebbe dire, se non erro, sopprimere quel carattere di disponibilità che è proprio dei rapporti patrimoniali di diritto privato, e ammettere in essi una ingerenza pubblicistica, e possiam dire poliziesca, che, fino a quando *hoc iure utimur*, non sembra per ora facilmente concepibile.

Per questo, a voler restare nel campo della esecuzione satisfattiva, si potrà distinguere, come fa il Carnelutti (46), l'azione *esecutiva singolare* (che si fa valere col processo esecutivo ordinario) dall'*azione esecutiva concorsuale* (che si fa valere col fallimento), concepite, l'una e l'altra, come azioni spettanti *individualmente al singolo creditore*, per conseguire la sodisfazione, totale o parziale (per quoziente), del proprio credito insodisfatto; in ambedue i casi sarà esatto parlar di azione esecutiva satisfattiva, perché in ambedue i casi l'azione servirà a sodisfare, in tutto o in parte, un creditore che *ha diritto di farsi pagare*.

Non credo invece che si possa considerare come contenuta nel campo della esecuzione satisfattiva quell'altra distinzione che fa l'Andrioli (47) quando contrappone l'azione esecutiva *individuale* (colla quale il singolo creditore mira alla sodisfazione, per totale o per quoziente, del proprio credito) ad una asserta azione esecutiva *concorsuale* o *collettiva*, di cui sarebbe titolare il curatore e che avrebbe come scopo *non la sodisfazione dei singoli crediti*, ma la ricostituzione e la liquidazione del patrimonio del fallito.

Se questa azione si dovesse definire come esecutiva (in senso satisfattivo) non si riuscirebbe a capire quale mai fosse il diritto che

---

(45) Candian, *op. cit.*, pag. 63.

(46) *Esecuzione*, I, n. 190.

(47) Scritto cit., nota 11; sulla quale, in senso contrario, Brunetti A., scritto cit., pag. 447.

essa dovrebbe servire a sodisfare: non quello dei singoli creditori concorrenti, perché la sentenza dichiarativa di fallimento che, secondo lo stesso ANDRIOLI, sarebbe il titolo esecutivo da cui scaturisce questa azione, lascia impregiudicata ogni indagine sulla esistenza dei loro crediti; non quello del curatore o dello Stato, perché né il curatore né lo Stato hanno un diritto da *sodisfare* sul patrimonio del fallito, né la sentenza dichiarativa è titolo sufficiente per espropriare il debitore prima e senza che sia accertata, nel giudizio di verificazione, l'esistenza di singoli crediti da sodisfare. La concezione dell'ANDRIOLI (secondo il quale, se ho ben inteso, l'azione esecutiva individuale spettante ai singoli creditori per ottenere il pagamento dei loro crediti entrerebbe in funzione solo in sede di repartizione dell'attivo già liquidato, mentre, fino alla fase di reparto, nella liquidazione fallimentare si riscontrerebbe soltanto l'esercizio di un'azione esecutiva collettiva spettante non ai singoli creditori, ma allo Stato) potrebbe apparire esatta a chi ritenesse che lo Stato, per il solo fatto della accertata cessazione dei pagamenti e indipendentemente dalla esistenza di singoli creditori, *esproprii* il fallito di tutto il suo patrimonio e trasferisca in sé stesso non solo il potere di disporre ma anche la titolarità delle attività liquidate, in modo che poi i singoli creditori ammessi al reparto figurino come aventi diritto *ad esser pagati dallo Stato* sulla massa attiva in esso precedentemente trasferita. Ma se, come mi par che l'ANDRIOLI ammetta, nella liquidazione fallimentare (come in ogni liquidazione esecutiva) non c'è mai un momento in cui la proprietà dei beni, o del ricavato dalla loro liquidazione, passi nello Stato, il quale si limita a togliere al debitore il potere di disporne in attesa dell'accertamento dei crediti da sodisfare, per poi direttamente operare il trasferimento del bene, o del denaro da esso ricavato, dal debitore al creditore (48), mi pare evidente che, fino a quando i crediti individuali non siano stati accertati, la funzione dello Stato sul fallimento è meramente assicurativa, in quanto lo Stato si limita a conservare (in natura o trasformate in denaro) le attività fallimentari, le quali, fino a che non giunga il momento di repartirle tra i creditori, continuano ad appartenere al fallito, e a lui *rimangono* (non *ritornano*), se il fallimento si chiude prima che esse abbiano servito a pagare i creditori. Questa funzione meramente conservativa può dunque trasformarsi in satisfattiva *solo in quanto vi siano singoli creditori aventi diritto al riparto*; ma questo significa, se io non erro, che fino a quando non si sono accertati i crediti, il processo fallimentare non ha scopo satisfattivo, ma *cautelare*.

---

(48) Su tutti questi problemi dibattutissimi, cfr. CANDIAN, *op. cit.*, nn. 46-57.

Appare dunque naturale, per riprendere il filo del discorso rimasto interrotto da questa disgressione, che il processo fallimentare possa esser messo in moto d'ufficio, *perché e finché ha carattere cautelare*; ma gli effetti di questa iniziativa ufficiale non si prolungano al di là della fase iniziale, oltre la quale, affinché il procedimento possa assumere quel carattere satisfattivo che può essergli dato soltanto dall'accertamento di crediti da sodisfare, deve necessariamente sopravvenire nella fase di verificazione la iniziativa dei singoli interessati, in mancanza della quale il fallimento si chiude. Quando si indica nel fallimento un caso di *giurisdizione senza azione* (49), si dice cosa giusta purché si rimanga nell'ambito della giurisdizione *cautelare*; ma non si potrebbe con altrettanta esattezza veder nel fallimento un caso di *esecuzione forzata* (satisfattiva) *senza azione*, perché anche nel fallimento iniziato d'ufficio la fase satisfattiva non si apre se non c'è la domanda dei creditori interessati. Il fallimento aperto d'ufficio non si inizia dunque per sodisfare i creditori senza loro domanda, ma per dar modo ai creditori di presentare con agio, e senza pericolo nel ritardo, le loro domande; non è una esecuzione forzata senza azione esecutiva, ma è una misura cautelare destinata a render più sicuro il rendimento dell'azione esecutiva, se ed in quanto tale azione sia fatta in seguito valere dai singoli interessati.

Come il sequestro conservativo serve ad assicurare in anticipo il rendimento pratico della esecuzione forzata individuale, nella supposizione che il sequestrante riesca a procurarsi il titolo esecutivo, così la dichiarazione di fallimento mira ad assicurare la fruttuosità della esecuzione forzata concorsuale, nella supposizione che il giudizio di verificazione dimostri la esistenza di creditori aventi diritto al reparto. Ma se, nel caso del sequestro conservativo la iniziativa di provocare la misura cautelare è rilasciata al creditore, perché egli solo è in grado di misurare nel suo interesse individuale la esistenza e la gravità del *periculum in mora*, nel caso della esecuzione concorsuale la valutazione del *periculum in mora* non può essere rilasciata ai singoli creditori, perché ciascuno di essi, se da una parte ha interesse a provocare un provvedimento che tolga al fallito il potere di disporre del suo patrimonio, e così il potere di alienare i suoi beni o di gravarli con nuovi debiti in danno dei suoi creditori, può avere d'altra parte interesse a lasciare che il patrimonio rimanga nella piena disponibilità del debitore ed esposto alle iniziative dei singoli creditori, colla speranza di poter giungere prima degli altri a colpirlo con una esecuzione

---

(49) Cfr. CRISTOFOLINI, *La dichiarazione del proprio dissesto nel processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 331, n. 4.

individuale. In questo conflitto di interessi tra creditori, che porterebbe a una disparata e contrastante valutazione del *periculum in mora*, si intende come lo Stato, per assicurare il miglior possibile rendimento pratico di quella esecuzione forzata collettiva che il dissesto del debitore commerciante fa prevedere imminente, provveda di propria iniziativa ad assicurare in anticipo non tanto la sodisfazione dei singoli creditori (che è affare rimesso all'iniziativa individuale), quanto il rispetto di quel principio della *par condicio creditorum*, che è il principio processuale a cui si inspira la esecuzione collettiva. Se l'istituto della esecuzione forzata concorsuale mira ad impedire che la sodisfazione dei creditori si trasformi in una selvaggia gara di velocità di cui i beni del debitore sarebbero il traguardo, è naturale che lo Stato, per garantire la fruttuosità e la serietà del concorso che sta per aprirsi, si affretti a chiudere in anticipo tutte le strade per le quali i creditori più impazienti potrebbero tentar la sorpresa, in modo da costringerli tutti a presentarsi allineati alla stessa corda, nel giudizio di verificazione.

Giustamente dunque il CANDIAN, nel libro che ha dato occasione a questo articolo, pone nell'assicurazione preventiva della *par conditio creditorum* (50) la funzione essenzialmente cautelare della sentenza dichiarativa. Questo provvedimento, più che nell'interesse dei singoli creditori, è dato nell'interesse della giustizia: per evitare che la esecuzione concorsuale giunga troppo tardi, quando ormai ai più scaltri e più svelti tra i creditori sia stato dato tempo sufficiente per sodisfarsi al cento per cento, prendendosi giuoco della lentezza della procedura. Se si guarda all'interesse dei singoli creditori, si può dire sì, sotto un certo aspetto, che la dichiarazione di fallimento è pronunciata *a favore di tutti*; ma meglio si può dire, sotto un altro aspetto, che è pronunciata *contro tutti*, perché a tutti impedisce di agire isolatamente per sodisfarsi con mezzi individuali.

E allora, il qualificare lo scopo del processo fallimentare, nella fase che va dall'apertura alla verificazione, come *satisfattivo*, ha un certo sapore umoristico: poiché in verità in questa prima fase il fallimento, anziché a sodisfare i creditori, serve piuttosto a impedire loro di sodisfarsi!

13. — In conclusione, se è esatto (contrariamente a quello che sostiene l'ANDRIOLI) che di azione esecutiva (in senso satisfattivo) non si può parlare, anche nel fallimento, se non in quanto essa spetti al singolo creditore; se è esatto che la sentenza dichiarativa di fallimento

---

(50) *Op. cit.*, n. 21 e segg.

non accerta (neanche in via sommaria) i diritti dei singoli creditori, e che quindi il fallimento può esser dichiarato prima e senza che sia accertata l'esistenza di crediti da sodisfare; se è esatto che la sentenza dichiarativa non solo non accerta i crediti e quindi non costituisce in relazione ad essi un titolo esecutivo (satisfattivo), ma anzi paralizza l'esercizio di ogni azione esecutiva individuale e con questo impedisce in un primo momento la sodisfazione dei creditori: — se tutto questo è esatto, non mi pare che la concezione del CANDIAN possa essere validamente contrastata.

Che dopo la verificazione dei crediti la indisponibilità dei beni prodotta dal fallimento si orienti verso una diversa ed ulteriore finalità, e, da indisponibilità predisposta per assicurare la sodisfazione concorsuale di crediti meramente supposti, si trasformi in indisponibilità volta a procurare la sodisfazione concorsuale dei crediti già accertati, è un fenomeno che non è ignoto alla stessa esecuzione individuale, in cui può darsi che il sequestro si converta in pignoramento, e che senza soluzione di continuità il vincolo sulla cosa si trasformi da cautelare in satisfattivo, solo perché nel frattempo è nato a favore del sequestrante quel titolo esecutivo che prima non c'era (51). E neanche mi sembra che il carattere cautelare della sentenza dichiarativa possa essere seriamente oppugnato solo perché tra queste due fasi (di esecuzione cautelare e di esecuzione satisfattiva) non si scorge un netto distacco, ma anzi esse appaiono così strettamente fuse in un unico processo che non è possibile neanche vedere il punto di saldatura; a tale obiezione credo di aver già risposto colle considerazioni di carattere generale esposte all'inizio di questo articolo (n. 3).

Sostenere, come ha fatto il CARNELUTTI in polemica col CANDIAN (52), che la sentenza dichiarativa di fallimento è un provvedimento esecutivo (satisfattivo), perché esecutivo è il processo che le succede senza soluzione di continuità, vuol dire, a mio avviso, non tener nella dovuta considerazione il fatto che, nel seguito del processo che si inizia colla sentenza dichiarativa, la funzione satisfattiva non si manifesta immediatamente dopo la dichiarazione di fallimento, ma sopravviene soltanto dopo la fase di verificazione, nella quale, e non nella sentenza dichiarativa, essa esecuzione satisfattiva ha il suo titolo diretto ed immediato. La brillante schermaglia polemica con cui, nell'ultima parte del suo articolo, il CARNELUTTI cerca di mettere in evidenza quello che sarebbe « il lato debole della costruzione del « Candian », è tutta indirizzata a dimostrare che la sentenza dichiara-

(51) Cfr. *Pr. cautelari*, pagg. 89 e 120.

(52) Scritto cit., pag. 171.

tiva di fallimento somiglia più al pignoramento che al sequestro; e la differenza tra pignoramento e sequestro, scrive il CARNELUTTI, « si scorge *da quello che vien dopo*: infatti col sequestro il processo « (esecutivo) si esaurisce, invece col pignoramento si inizia e poi « continua; il sequestro è un intero processo esecutivo (cautelare), « il pignoramento è una fase del processo esecutivo definitivo ».

Io credo invece che la differenza tra sequestro e pignoramento si debba ricercare, meglio che in « quello che vien dopo », *in quello che viene prima* (53): in quanto, se, in sé considerati, tanto il sequestro quanto il pignoramento servono ugualmente a conservare la cosa, la funzione conservativa del pignoramento si può distinguere dalla funzione conservativa del sequestro solo tenendo d'occhio che, quando si pignora, *è già nato, in un momento anteriore al pignoramento*, quel titolo esecutivo (satisfattivo) che, quando si sequestra, *ha ancora da nascere in un momento posteriore*. Onde, come è ben noto, si sequestra *in attesa che si accerti* l'esistenza di un credito da sodisfare; si pignora per sodisfare un credito la cui esistenza *è già accertata*.

Se si dovesse adottare il criterio di guardare a ciò che « vien prima », sarebbe dunque evidente, per le considerazioni già ampiamente svolte, che la sentenza dichiarativa somiglia più al sequestro che al pignoramento, perché quando essa vien pronunciata non esiste ancora l'accertamento dei crediti da sodisfare. Ma forse si arriva allo stesso risultato anche se si guarda, come vuole il CARNELUTTI, a ciò che vien dopo. Infatti, se dopo il sequestro conservativo viene la fase di accertamento (del credito da sodisfare), mentre, dopo il pignoramento, viene *senz'altro* l'espropriazione, la sentenza dichiarativa di fallimento somiglia più al sequestro che al pignoramento, appunto perché alla dichiarazione di fallimento non segue *senz'altro* l'espropriazione, ma segue la fase di verificazione dei crediti, che è (come il giudizio principale sul credito, nel sequestro) il ponte di passaggio necessario per arrivare alla espropriazione.

Afferma il CARNELUTTI che per la sentenza dichiarativa di fallimento « non si tratta di un sequestro, ma di *un pignoramento anti-* « *cipato (sull'accertamento* [*verifica*] *dei crediti)*. Il suo effetto è « conservativo; ma si conserva per un'espropriazione in corso, non per « un'espropriazione o per un adempimento futuro ». Si potrebbe forse dubitare se in quest'ultima frase non si annidi una petizione di principio: come si fa a parlare di una « espropriazione in corso », che attribuirebbe senz'altro carattere esecutivo alla sentenza dichiarativa, se prima non si è dimostrato che la sentenza dichiarativa è di per sé

---

(53) Cfr. *Pr. cautelari*, pagg. 108-109.

un provvedimento *esecutivo* e che *di conseguenza* il processo che si inizia con questo provvedimento deve considerarsi come una « espropriazione in corso »? Ma, senz'entrare in queste sottigliezze, credo che in sostanza la divergenza di opinioni si riduca a una diversità di terminologia: il CARNELUTTI dice che la sentenza dichiarativa non è un sequestro (conservativo), ma è un *pignoramento anticipato sull'accertamento dei crediti.* Ora, nella terminologia che adopro io, il « pignoramento anticipato sull'accertamento (ordinario o sommario) « dei crediti » si chiama *sequestro conservativo*; se poi, il CARNELUTTI preferisce chiamare *pignoramento anticipato* quello che io chiamo sequestro conservativo, io posso con assoluta tranquillità, poiché tutto sta nell'intenderci, consentire con lui nel ritenere che la sentenza dichiarativa, non è un sequestro, ma è un « *pignoramento anticipato* « sull'accertamento del credito ».

Solamente si potrebbe osservare (ma questo sarebbe un altro discorso) che, se la denominazione di *sequestro conservativo* si dovrà d'ora in avanti riservare a qualche cosa che NON SIA *un* « *pignoramento* « *anticipato sull'accertamento del credito* », sarà un po' arduo intendere che cosa mai, d'ora in avanti, si potrà chiamare con questa denominazione.

XVI

EFFICACIA DELLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO IN PENDENZA DI PROVE SULL'OPPOSIZIONE (*)

1. — Colla sentenza che annotiamo, la Corte suprema, confermando la massima già da essa una prima volta proclamata colla sua precedente decisione del 2 marzo 1936 (1) sembra volersi definitivamente allontanare dalle distinzioni e riserve espresse nella sua meno recente pronuncia del 19 maggio 1934 (2), e mettersi sulla via tracciata da due sentenze della corte fiorentina (3) e da una più antica della Corte milanese (4): le quali hanno ritenuto che quando, nel giudizio di opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata in camera di consiglio, siano interlocutoriamente ammesse prove orali volte a chiarire la qualità di commerciante del fallito, o altri estremi essenziali dello stato di dissesto, il fallimento deve essere, in pendenza di tali prove, mantenuto, e non, come altri ha opinato (5), immediatamente revocato.

L'insegnamento al quale sembra ormai che anche la Corte suprema abbia dato, dopo qualche esitazione, la sua adesione autorevolissima, appare, in conclusione, preferibile; ma non sono riuscito a trovare finora nelle sentenze che l'hanno accolta (non esclusa l'ultima che qui si annota), argomenti puramente giuridici che di tale conclusione possano costituire le premesse appaganti: alla ricerca delle quali vorrebbe essere indirizzata la nota presente.

(*) [Pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, vol. LXXXIX, 1937, P. I, Sez. 1, cc. 307-316; ristampato in *Studi*, IV, pagg. 71-86]. [*Bibliografia*, n. 205].

(1) *Mass. Giur. ital.*, 1936, col. 182.

(2) In *Giur. ital.*, 1934, I, 1, 1147.

(3) App. Firenze, 15 maggio 1934 (estens. Ripoli), in Rep. *Giur. ital.*, 1934, voce *Fallimento*, n. 63; 11 aprile 1931 (estensore Bandettini), in Rep. *Foro ital.*, 1932, voce *Fallimento*, nn. 136-138.

(4) App. Milano, 10 settembre 1923, in Rep. *Foro ital.*, 1924, voce *Fallimento*, n. 72.

(5) App. Milano, 7 giugno 1906, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, pag. 537, con nota adesiva di Angelo Sraffa.

2. — L'argomento principale, anzi l'unico puramente giuridico (gli altri, desunti dalle « tendenze » della legislazione fallimentare attuale, mi sembrano alquanto elastici e vaghi) che si trova posto a base della ricordata giurisprudenza, è desunto da quelli che si ritengono essere i principî generali della provvisoria esecuzione nel processo civile.

La decisione del supremo Collegio che qui si annota parte dal considerare che « la sentenza che pronuncia il fallimento senza con- « traddittorio, essendo per legge provvisoriamente esecutiva, produce « necessariamente tutti gli effetti inerenti alla procedura fallimentare »; e, domandandosi quindi « se detti effetti debbano restare paralizzati « per il solo fatto che il tribunale adito dal fallito, in sede di oppo- « sizione, abbia ammesso la prova testimoniale da costui formulata « per contrastare la pronuncia in camera di consiglio », risponde semplicemente che « una tale soluzione... *non è autorizzata da alcuna* « *disposizione di legge* ». Dunque, secondo questa argomentazione, la permanenza degli effetti della sentenza dichiarativa anche in pendenza della prova ammessa per chiarire se sussistano in fatto gli estremi del fallimento, deriverebbe testualmente dal disposto dell'art. 913 Codice di commercio (di cui non sarebbe che una applicazione (6) la immediata efficacia della sentenza dichiarativa a partire « dalla sua data », stabilita dall'art. 699 stesso codice), secondo il quale « tutte le sentenze « in materia di fallimento, sono provvisoriamente esecutive ». Basterebbe questo principio, secondo la sentenza annotata, a giustificare la soluzione da essa adottata; per arrivare a una soluzione diversa (cioè per arrivare a ritenere che, in pendenza della prova ammessa interlocutoriamente sugli estremi del fallimento, la sentenza dichiarativa dovesse perdere i suoi effetti) bisognerebbe che esistesse, in deroga di tale principio, una disposizione speciale, che in realtà non esiste nel nostro diritto.

Questo ragionamento non persuade. Se il problema si pone sul terreno della provvisoria esecuzione e dei principî generali che reggono questo istituto, mi pare che la confutazione di tale ragionamento venga fuori agevolmente proprio da quegli stessi principî che si invocano: lo dimostrò fin dal 1906, con una incisiva argomentazione, che ancor oggi, per chi ponga il problema su questo terreno, rimase inconfutata, Angelo Sraffa (7), il quale, a chi invocava per risolvere il problema, il principio dell'art. 913, osservava semplicemente: « Il « sistema della nostra legge è semplicissimo: le sentenze dichiarative « di fallimento sono per legge esecutive; ma esecutive finché esistono.

---

(6) Cfr. Bonelli, *Fallimento*, I, n. 157.

(7) *Le sentenze dichiaratrici di fallimento e gli atti di istruzione ordinati successivamente*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, pag. 537.

« Ora non può dirsi che esista una sentenza dichiaratrice di fallimento « (come una qualsiasi sentenza che abbia condannato una parte) se « una sentenza successiva, pronunciata in un giudizio di opposizione « o di appello, riconoscendo che allo stato degli atti non resultino « gli elementi per giustificare una dichiarazione di fallimento, abbia « ammesso delle prove per decidere se il fallimento vada mantenuto, « ed in genere se la condanna vada confermata: se cioè questa sen- « tenza successiva abbia *riformato* quella precedente ».

In verità, se il giudizio di opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento si considera (come pare abbia fatto finora la giurisprudenza) soltanto al lume dei principî che regolano la esecuzione provvisoria delle ordinarie sentenze soggette a opposizione o ad appello, non si deve dimenticare che ogni sentenza emanata in un giudizio di gravame ordinario, anche se si limita ad ammetter prove, toglie alla sentenza di primo grado ogni possibilità di diventare la decisione definitiva della causa. « Oggetto dell'esame del giudice di secondo « grado non è la sentenza di primo grado, ma direttamente il rapporto « giuridico controverso » (8): deriva da questa nozione elementare che quando nel giudizio di gravame è stata pronunciata una sentenza *di merito* (anche se non definitiva), la sentenza di primo grado, che fino a quel momento esisteva come pronuncia sospensivamente condizionata o, secondo altri, come « situazione giuridica », cessa di esistere anche come tale e « perde completamente anche quel valore po- « tenziale, pel venir meno della possibilità che essa rimanga come « decisione della causa » (9). Da questo momento, l'unica sentenza giuridicamente esistente nel processo è quella pronunciata, anche se interlocutoriamente, in sede di gravame (ordinario); e la provvisoria esecutorietà della decisione di primo grado, la quale era stata data nella previsione che questa potesse successivamente passare in giudicato, viene automaticamente a cadere nel momento stesso in cui la emanazione di una nuova sentenza in sede di gravame (anche se interlocutoria) chiude definitivamente alla pronuncia di primo grado tale possibilità.

I principî generali in tema di esecuzione provvisoria porterebbero dunque, se non erro, a una soluzione assolutamente contraria a quella adottata dalla sentenza che qui si annota: la stessa Corte di cassazione ha infatti insegnato che, nel caso di appello da sentenza definitiva provvisoriamente eseguibile, la provvisoria esecutorietà della medesima vien meno se il giudice di appello pronuncia nel merito una

---

(8) CHIOVENDA, *Principii*, § 20, pag. 293.

(9) CHIOVENDA, *op. cit.*, pag. 393; cfr. anche in *Studi*, I, pag. 186 e segg.; e *Cassazione*, II, n. 87.

interlocutoria che disponga nuovi mezzi istruttorî (10). È vero che, quando la provvisoria esecuzione è concessa dal giudice, nei casi in cui la legge lascia al medesimo il potere di decidere volta per volta se ne ricorrano gli estremi, la clausola con cui il giudice la concede si considera come un provvedimento sostanzialmente indipendente da quella decisione di merito alla quale formalmente è congiunto; ma è altresì vero che la autonomia e la vitalità di questo separato provvedimento si protrae soltanto fino a che sussiste, nella sentenza di primo grado a cui essa clausola si accompagna, la possibilità giuridica di passare in giudicato. Tale possibilità non è preclusa dalla interposizione del gravame (art. 341 capov.; art. 345 Codice di proc. civile); e quindi la provvisoria esecutorietà continua a funzionare non soltanto finché rimanga aperto il termine per interporre la impugnazione, ma altresì fino a che, interposta questa nel termine, nessuna decisione sia stata pronunciata sulla medesima nel giudizio di gravame. Ma, se una qualsiasi decisione di merito emessa in sede di gravame (anche se interlocutoria) basta a togliere alla pronuncia di primo grado ogni valore anche semplicemente potenziale di sentenza, la clausola di provvisoria esecutorietà è trascinata necessariamente nell'annientamento definitivo di tale pronuncia, dal momento che essa clausola non può ormai più giustificarsi come provvisoria anticipazione di una decisione che non esiste più, neppure come speranza.

3. — Né sembra che per la soluzione del nostro problema possa esser trovato un argomento decisivo nel considerare che la provvisoria esecutorietà delle sentenze fallimentari è disposta in generale *dalla legge*, e non concessa di volta in volta *dal giudice*.

Sulla differenza di effetti che passerebbe tra la esecuzione provvisoria disposta *ex lege* (art. 913 Cod. comm.; art. 328 Cod. civ., ecc.) e la esecuzione provvisoria concessa *ope iudicis* (art. 383 Cod. proc. civ., ecc.) si è basata soprattutto, per la soluzione della questione qui esaminata, la sentenza 15 maggio 1934 della Corte d'appello di Firenze (estens. Ripoli): la cui ingegnosa motivazione si può riassumere nei termini seguenti.

La provvisoria esecutorietà, concessa di volta in volta *ope iudicis*, ha detto la Corte fiorentina, può essere arrestata, anche prima che nel giudizio di impugnazione sia stata emanata una qualsiasi decisione sul merito, dalla inibitoria proposta dalla parte in base all'art. 484 Cod. proc. civ.; ciò fa ritenere *a fortiori* che la provvisoria esecutorietà

---

(10) Cfr. Cass. regno, 3ª Sezione, 29 aprile 1932, in *Giur. italiana*, 1932, I, 1, col. 713.

della prima sentenza possa esser paralizzata da una interlocutoria di merito, ammissiva di prove, pronunciata nel giudizio di secondo grado. Ma quando siamo di fronte, come avviene per le sentenze fallimentari, a una provvisoria esecutorietà disposta in generale dalla legge, « l'ese- « cuzione provvisoria *ope legis* importa come necessaria conseguenza « il divieto di inibitoria, non avendo il giudice alcuna facoltà discrezio- « nale per concederla o per negarla »; e allora « non occorrendo alcuna « istanza di parte e provvedendo in materia direttamente la legge « stessa, è evidente che non potrà farsi ricorso al disposto dell'art. 484 « Cod. proc. civ., *come non sarà consentito al giudice diretto dell'op-* « *posizione di sospendere l'esecuzione della sentenza dichiarativa di* « *fallimento* ».

Ma neanche questo ragionamento, pur riconoscendone la acutezza, mi convince. Se si ritiene, per le considerazioni sopra esposte, che la provvisoria esecutorietà concessa *ope iudicis* debba necessariamente venir meno di fronte alla interlocutoria che ammette nuove prove in appello, non si riesce a vedere per quale ragione giuridica la provvisoria esecutorietà *ope legis* debba ritenersi capace di sopravvivere alle pronuncie di merito del giudice di gravame, quasi che fosse dotata di una, si potrebbe dire, « resistenza alle interlocutorie » maggiore di quella di cui sia fornita la clausola concessa caso per caso dal giudice. Che la provvisoria esecuzione *ope legis* non sia soggetta a inibitoria, sta bene; ma questo vuol dire soltanto che, fino a quando nel giudizio di impugnazione non sia stata pronunciata una nuova sentenza *sul merito*, gli effetti esecutivi provvisorî della prima sentenza non possono essere inibiti da uno speciale provvedimento (separato dalla pronuncia sul merito) del giudice di gravame. Ma la inammissibilità, contro la provvisoria esecutorietà derivante *ex lege*, di uno speciale provvedimento incidentale di inibitoria, non significa già che quando nel giudizio di impugnazione sia stata pronunciata una nuova sentenza *di merito* che abbia tolto a quella di primo grado la possibilità di passare in giudicato, possa questa pronuncia, che giuridicamente non si può più neanche considerare come una *spes sententiae*, continuare a reggere essa sola gli effetti esecutivi provvisorî disposti dalla legge: i quali, se possono riattaccarsi a una sentenza soggetta a gravame, finché questa conserva almeno un valore *potenziale*, non possono più trovarvi un sostegno qualsiasi, quand'essa, in seguito alla nuova sentenza di merito (anche interlocutoria) pronunciata dal giudice di impugnazione, è caduta giuridicamente nel nulla.

La provvisoria esecuzione, anche quando è statuita dalla legge, ha bisogno, per poter mantenere i suoi effetti, di una sentenza *vitale* alla quale appoggiarsi: anzi, mentre la esecuzione provvisoria concessa *ope iudicis* si potrebbe astrattamente concepire come provvedimento

(« clausola ») a sé stante, idoneo a vivere per conto suo anche quando sia irrevocabilmente scomparsa la sentenza di merito alla quale in origine si accompagnava, questa sopravvivenza degli effetti esecutivi non sarebbe neppur concepibile là dove, come nel caso di provvisoria esecuzione *ex lege*, non esiste un separato provvedimento, al quale tali effetti possano riconnettersi quando la sentenza di merito sia venuta meno.

4. — Ritengo dunque che la soluzione del nostro problema non possa trovarsi nell'istituto della provvisoria esecuzione: la quale è destinata a sottrarre la sentenza di primo grado all'effetto sospensivo che normalmente deriverebbe dalla pendenza del gravame ordinario, ma non ha alcun potere contro l'annientamento della stessa sentenza, che si produce in seguito alla nuova pronuncia di merito emessa su questo gravame.

La spiegazione del fenomeno che si presenta nel processo fallimentare, per il quale la sentenza dichiarativa continua (se si accetta, come io accetto, tale soluzione) a esercitare provvisoriamente i suoi effetti, nonostante la pronuncia di una interlocutoria ammissiva di prove in sede di opposizione, non deve esser cercata nell'istituto della provvisoria esecuzione, quale funziona nel sistema dei mezzi di impugnazione del processo ordinario; ma dev'essere cercata piuttosto nella speciale struttura del processo fallimentare, e soprattutto nella natura giuridica della sentenza dichiarativa pronunciata in camera di consiglio, posta in relazione colla speciale « opposizione » che è prevista, contro la sentenza dichiarativa pronunciata in tal forma, dall'art. 693 Cod. comm.

La ragione per la quale la interlocutoria ammissiva di prove pronunciata in sede di opposizione non fa venir meno gli effetti della sentenza dichiarativa, va ricercata dunque partendo da questa premessa: che la relazione che passa tra la sentenza dichiarativa pronunciata in camera di consiglio e la opposizione ex-art. 693 *non è una relazione analoga a quella che passa tra una ordinaria sentenza di primo grado e il giudizio di impugnazione ordinaria* (d'appello o di opposizione contumaciale) *proposto contro la medesima.* Se tale analogia dovesse affermarsi, il problema esaminato in questa nota dovrebbe risolversi in senso opposto a quello adottato dalla giurisprudenza della Corte suprema: se invece, come anch'io ritengo, tale problema deve risolversi nel senso ormai preferito anche dalla Corte regolatrice, i principî della provvisoria esecuzione delle sentenze ordinarie (che porterebbero, come si è visto, a conclusioni perfettamente contrarie a quelle che qui adottiamo), non hanno qui nulla a che fare.

5. — Ho già ampiamente esposto altrove (11) le ragioni per le quali ritengo inaccettabile quella opinione, autorevolmente professata, che vede nella sentenza dichiarativa di fallimento, pronunciata in camera di consiglio, un puro provvedimento esecutivo (12): mi sembra peraltro che chi adotta tale opinione debba agevolmente trovare nella medesima argomenti sicuri per risolvere il problema, che qui discutiamo, in senso conforme a quello seguìto dalla Corte suprema. Se la sentenza dichiarativa di fallimento è un provvedimento esecutivo, la opposizione contro la sentenza dichiarativa, avendo natura non di mezzo di gravame, ma di azione di impugnativa di per sé stante, deve necessariamente, in mancanza di espressa disposizione di legge, lasciare in vita il provvedimento impugnato fino a che non sia compiuta la istruttoria che potrà portare alla pronuncia di revoca: se si qualifica la opposizione ex-art. 693 come un caso di *opposizione del debitore all'esecuzione* (13) o come un *gravame esecutivo* (14), sembra che a tale opposizione, la quale dà luogo a un giudizio in cui si discute se il provvedimento esecutivo debba esser mantenuto o revocato, si debba logicamente applicare il principio generale, secondo il quale le opposizioni di merito non sospendono la esecuzione fino a che non siano accolte (15).

Ma io credo che alla stessa conclusione possa giungere chi, pur considerando la sentenza dichiarativa di fallimento, anche se pronunciata in camera di consiglio, come un vero e proprio provvedimento di cognizione (16), ponga mente tuttavia alla natura *sommaria* della cognizione su cui questa sentenza, quando è emanata nelle forme previste dal codice di commercio, si fonda: proprio nella *sommarietà* di tale cognizione si trova, secondo me, la chiave del problema che qui si discute.

6. — La sentenza dichiarativa di fallimento è, secondo me, un provvedimento oggettivamente complesso, che cumula in sé la sostanza di due provvedimenti, uno di cognizione e l'altro di esecuzione,

---

(11) *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare*, in *Studi*, vol. IV, pag. 33.

(12) CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, II, pag. 235 e segg.; ivi, 1931, II, pag. 159 e segg.; ivi, 1936, I, pag. 260.

(13) CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, II, pag. 239.

(14) CRISTOFOLINI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, pag. 328, nota 4; cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 554

(15) Cfr. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione* (2ª ed., 1936), n. 161.

(16) Cfr. *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare*, in *Studi*, vol. IV, n. 5.

aventi entrambi natura cautelare (17): essa è dunque, prima di tutto, un provvedimento di *cognizione*, in quanto accerta le condizioni necessarie e sufficienti per produrre certi effetti cautelari (sequestro generale del patrimonio del fallito), per la cui immediata costituzione essa funziona come *titolo esecutivo* (*cautelare*).

Se il fallimento è chiesto nelle forme del processo civile ordinario, previa citazione del debitore e conseguente contraddittorio in udienza, la cognizione cautelare si svolge in modo pieno e approfondito; sicché la dichiarazione di fallimento si fonda, per quello che concerne la constatazione degli estremi di fatto del dissesto, su un *giudizio di certezza*, simile a quello su cui si fonda ogni ordinaria sentenza di primo grado, provvisoriamente esecutiva.

Se invece il fallimento è dichiarato in camera di consiglio, senza contraddittorio e colle forme abbreviate previste dal Codice di commercio (art. 688 Cod. comm.), allora la cognizione accelerata e superficiale, che la legge reputa sufficiente, in vista del *periculum in mora*, per addivenire alla emanazione del provvedimento cautelare, non consente al giudice, sugli estremi del dissesto, più che un giudizio approssimativo *di probabilità* o *di verosimiglianza*, simile a quella *summaria cognitio* di cui il nostro processo si appaga in materia cautelare, tutte le volte in cui la urgenza di provvedere non consentirebbe senza danno la prudente lentezza del contraddittorio ordinario (es.: artt. 925; 938 Cod. proc. civ.; art. 698 Cod. civ.; cfr. art. 696 Cod. civ.) (18).

Questa indagine di probabilità e di verosimiglianza che il tribunale deve compiere d'ufficio prima di dichiarare il fallimento in camera di consiglio, si esaurisce in quell'unica fase che immediatamente precede la sentenza dichiarativa: non esiste cioè, dopo e al disopra di questa fase, un ulteriore stadio di controllo in cui il giudizio approssimativo, che ha portato il tribunale a dichiarare il fallimento, sia riesaminato al lume degli stessi criterî di mera verosimiglianza che sono stati applicati nella prima pronuncia. Come applicazione di criterî approssimativi di probabilità, la sentenza dichiarativa non ammette censure: non esiste, al disopra del tribunale fallimentare, un giudice superiore, il quale, ripetendo la indagine sommaria compiuta dal tribunale in camera di consiglio, possa confermare o riformare il giudizio di mera verosimiglianza che sta a base della sentenza dichiarativa. Essa può solamente, mediante la opposizione ex-art. 693, essere ripresa in esame al lume di diversi e più precisi criterî di

---

(17) Scritto cit., n. 8.

(18) Cfr. il mio libro sui *Provvedimenti cautelari*, specialmente n. 23; e PISTOLESE, *La prova per presunzioni* (Padova, 1925), n. 60.

giudizio, cioè al lume di quei criterî di indagine volti all'accertamento completo ed approfondito della verità, la cui applicazione non è possibile ove non si adopri il congegno prcessuale del contraddittorio. Così il giudizio approssimativo di verosimiglianza, su cui si fonda la dichiarazione di fallimento, non può essere distrutto se non da un giudizio di certezza, che dimostri non veri, in contraddittorio, quegli elementi di fatto che il tribunale in camera di consiglio aveva ritenuti almeno verosimili.

Proprio in questa *diversità dei metodi di indagine* adoperati nelle due fasi ora ricordate del giudizio fallimentare, si trova, a mio avviso, la soluzione del problema discusso nella nota presente. Nelle due fasi del giudizio dichiarativo (indagine sommaria in camera di consiglio, indagine ordinaria in sede di opposizione) l'oggetto della cognizione non varia, ma varia la natura, e si potrebbe dire la portata, degli strumenti ottici di cui il giudice si serve per conoscere: nella prima fase il giudice ha considerato il problema a occhio nudo, con un rapido sguardo che è stato sufficiente a dargli una impressione di insieme; nella seconda fase il giudice torna al lavoro munito di lenti di precisione, e solo quando gli sarà riuscito di metterle a fuoco potrà accorgersi se i resultati di questi accurati esperimenti di laboratorio confermino o distruggano le impressioni sintetiche della visione *prima facie*.

Tutto questo spiega per qual ragione l'ammissione, in sede di opposizione, di prove volte ad accertare se esistano o non esistano gli estremi di fatto necessarî per dichiarare il fallimento, non basti a far cadere nel nulla la dichiarazione di fallimento pronunciata, con cognizione sommaria, in camera di consiglio: ammettere una prova per stabilire definitivamente *ciò che è vero*, non vuol dire tuttavia escludere che quanto finora si ignora se sia vero, *possa, intanto, continuare ad apparir verosimile*. Ammettere prove per accertare definitivamente lo stato di dissesto, vuol dire semplicemente apprestare i metodi di indagine per arrivare a formulare in proposito quel giudizio di certezza che solo potrà sostenere definitivamente il giudizio di verosimiglianza; ma fino a quando le prove sono in corso, fino a quando cioè il giudizio di certezza è ancora in gestazione, il giudizio di verosimiglianza basta esso solo, mentre si attende l'esito delle ricerche di precisione avviate nella fase ordinaria, a giustificare e a sorreggere il provvedimento cautelare d'urgenza.

È facile, in base a queste osservazioni, rendersi conto della profonda differenza che passa tra due situazioni processuali che ,a considerarle all'ingrosso, potrebbero parere identiche: quella che si verifica nel giudizio di opposizione a sentenza dichiarativa quando è pronunciata una interlocutoria ammissiva di prove sugli estremi del fallimento, e quella che si verifica quando in un normale processo civile, in sede

di gravame ordinario, sia pronunciata una interlocutoria ammissiva di prove sui fatti costitutivi del diritto esercitato dall'attore.

Facciamo per esempio la ipotesi che, essendo riuscito vincitore in primo grado l'attore, in quanto il tribunale abbia ritenuto che i documenti da lui prodotti fossero sufficienti a provare l'esistenza del diritto da lui vantato, la corte d'appello, su gravame del preteso debitore soccombente, abbia ritenuto, contrariamente ai primi giudici, che la prova documentale già prodotta in primo grado dall'attore appellato non fosse sufficiente a dimostrare il suo buon diritto: ed abbia ammesso di conseguenza una prova orale supplementare, proposta in ipotesi dallo stesso appellato. Non v'ha dubbio che, in un caso come questo, la sentenza di primo grado, anche se provvisoriamente esecutoria, debba perdere, in seguito alla interlocutoria pronunciata dal giudice d'appello, ogni effetto anche soltanto provvisorio: la condanna del convenuto in primo grado si basava su un *giudizio di certezza* (sia pur non irrevocabile, perché soggetto a gravame), il quale è venuto senz'altro a perdere ogni attendibilità anche semplicemente logica, per il fatto che il giudice d'appello, riesaminando *cogli stessi criterî di indagine* la controversia, ha ritenuto che gli elementi probatorî in atti non bastassero a dare la certezza, la quale potrà essere raggiunta soltanto qualora l'esito delle nuove prove ammesse in appello riesca favorevole all'attore. Ora, poiché nel giudizio ordinario non può esservi provvedimento favorevole all'attore se non basato su *una prova piena*, basta la interlocutoria pronunciata in appello a dimostrare che, se occorre un supplemento di prova, vuol dir che finora la necessaria pienezza di prova non c'è: sicché la base probatoria della prima sentenza viene senz'altro a cadere.

Ma nel caso della opposizione a fallimento la situazione è, in sostanza, tutt'altra. La interlocutoria che ammette le prove ritenute indispensabili per dar la *certezza* sulla esistenza degli estremi del dissesto, opera in una dimensione logica diversa da quella entro la quale si è mantenuto il tribunale, quando ha dichiarato il fallimento in camera di consiglio. L'ammissione delle prove necessarie per il giudizio di certezza *serve a dimostrare che ancora, sugli estremi del dissesto, la certezza non è stata raggiunta*, ma non tocca né rimette in questione quel giudizio di verosimiglianza che, fino a quando la certezza non sia stata raggiunta, deve bastare da sé solo a reggere il provvedimento. Nella ipotesi precedente, rimesso in discussione, attraverso l'ammissione di nuove prove in appello, il giudizio di certezza su cui si basava la prima sentenza, viene a mancare l'unica base logica su cui questa si appoggiava; in questa seconda ipotesi invece, finché si discute sulla certezza, il giudizio di verosimiglianza sopravvive e si salva. Se la interlocutoria che ammette nuove prove vuol significare

logicamente che finora non esistono in atti elementi probatorî sufficienti per raggiungere la certezza, ossia vuol significare *incertezza*, è evidente che essa interlocutoria, mentre deve necessariamente travolgere il precedente provvedimento basato sulla certezza, non sfiora il provvedimento basato sulla semplice verosimiglianza, perché la verosimiglianza non è distrutta dalla incertezza, *ma solo dalla certezza contraria.*

Nel giudizio di opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata in camera di consiglio, si hanno, insomma, due fasi processuali consecutive, nelle quali la cognizione sul medesimo oggetto si svolge con criterî di indagine *non omogenei*: ed è proprio perché le indagini condotte nella fase di opposizione si svolgono *in profondità*, mentre in camera di consiglio si sono svolte *in superficie*, che il provvedimento, basato su una cognizione superficiale *in sé compiuta*, è destinato a rimanere in vita fino a che non si conoscano i resultati definitivi della cognizione approfondita, svolta con metodi probatorî di tutt'altra portata.

8. — Quello che si è detto finora ci permette altresì, se non mi inganno, di cogliere esattamente la natura giuridica di quella « opposizione », che l'art. 693 Cod. comm. ammette contro la sentenza dichiarativa pronunciata in camera di consiglio. Essa non è un gravame ordinario, perché non porta a un riesame della controversia condotto con criterî omogenei a quelli seguìti dal primo giudice; e non è neanche un'azione di impugnativa in senso stretto, che miri ad ottenere la revoca di un provvedimento viziato, in quanto, anche se la cognizione approfondita che si svolgerà in sede di opposizione servirà ad accertare che gli estremi del dissesto, ritenuti probabili e verosimili in camera di consiglio, non sussistono in realtà, questo non vorrà dire peraltro che la sentenza dichiarativa fosse *in sé stessa*, come provvedimento provvisorio basato su un giudizio di semplice verosimiglianza, inesatta e viziata: dato che quello che giustamente è ritenuto *prima facie* verosimile, può poi, attraverso indagini approfondite, dimostrarsi non vero.

Più che la nozione del mezzo di gravame o quella dell'azione di impugnativa in senso stretto, l'opposizione ex-art. 693 richiama, come già fu notato (19) quell'istituto del procedimento monitorio o ingiunzionale, che ugualmente si denomina opposizione; la quale, com'è noto, è il mezzo con cui la parte, per sottrarsi alle conseguenze di

---

(19) Cfr. *La sentenza dichiarativa*, cit., pag. 45; e Invrea, *La natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, n. 8.

un provvedimento emanato ai suoi danni sulla base di una cognizione sommaria, dichiara di non volersi acquietare a questo giudizio superficiale reso senza le garanzie del contraddittorio, e di volersi rimettere, in luogo dei metodi di indagine approssimativa seguìti in quel procedimento abbreviato, ai normali metodi di indagine approfondita, proprî del giudizio ordinario.

È noto che, secondo i varî tipi assunti nelle legislazioni dal procedimento monitorio, che talora si avvicina in forme ibride al procedimento documentale, l'esercizio della opposizione può avere effetti profondamente diversi: in certi casi (nel procedimento monitorio puro), la opposizione del debitore basta a far cadere nel nulla l'ordine di pagamento, in modo che il preteso creditore dovrà, se vorrà insistere nella domanda, ripercorrere da principio la via del procedimento ordinario in contraddittorio; in certi altri casi (nel procedimento monitorio-documentale) la opposizione serve soltanto ad aprire, su iniziativa del convenuto, la fase in contraddittorio, in cui si dovrà esaminare, con cognizione piena sul rapporto controverso, se il provvedimento emanato su cognizione sommaria debba essere mantenuto o revocato (cfr. ora artt. 17 e 20 del r. decr. 7 agosto 1936, n. 1531) (20).

A questo secondo tipo si avvicina la opposizione ex-art. 693 contro la sentenza dichiarativa di fallimento: colla quale il fallito provoca il giudizio in contraddittorio a cognizione piena, su quello stesso *thema decidendum* che è già stato oggetto di cognizione sommaria, affinché colla decisione in contraddittorio, ottenuta attraverso le indagini approfondite nel processo ordinario, possa raggiungersi, per una via più lunga ma più sicura, una tranquillante riprova della attendibilità del provvedimento sommario.

Anche qui dunque, come nel procedimento monitorio-documentale, il contraddittorio è provocato, dopo il provvedimento, dalla iniziativa (invertita) di colui che nel processo ordinario avrebbe dovuto avere la posizione di convenuto; anche qui la iniziativa dell'opponente serve non già a far senz'altro cadere il provvedimento sommario emesso senza il contraddittorio, ma a far dipendere il mantenimento o la revoca del medesimo dall'esperimento posticipato del normale procedimento in contraddittorio; anche qui il provvedimento basato su cognizione sommaria rimane in vigore in attesa del giudizio definitivo sull'opposizione, perché, come nel procedimento monitorio documentale il decreto d'ingiunzione continua ad appoggiarsi, finché

---

(20) Cfr. il mio volume *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, cap. I, pagg. 17-18.

l'opposizione non è decisa, sulle prove scritte fornite dal ricorrente, così nel processo fallimentare la sentenza dichiarativa continua a reggersi, finché l'opposizione non è decisa, sul giudizio approssimativo di verosimiglianza, compiuto dal tribunale in camera di consiglio. La somiglianza tra le due situazioni si rivela anche nella posizione di convenuto, corrispondente a quella che avrebbe dovuto avere nel processo ordinario, che in ambedue i casi assume, nella fase di opposizione, l'opponente: come nel giudizio di opposizione a ingiunzione l'onere di provare i fatti costitutivi del credito continua a gravare sul creditore (21), così nel giudizio di opposizione a fallimento l'onere di provare in modo pieno e approfondito la esistenza degli estremi del dissesto grava, se le prove già esistenti in atti non sembrano sufficienti, sul curatore; il che conferma una volta di più che l'opposizione ex-art. 693 non è un'azione di impugnativa che imponga a chi la esperimenta l'onere di provare i vizî del provvedimento impugnato, ma è soltanto un mezzo per riportare sul terreno dell'ordinario processo in contraddittorio una controversia che, per ragioni di urgenza, era stata provvisoriamente rimessa alla rapida decisione di un procedimento invertito.

Anche più evidenti sono le somiglianze sostanziali tra il giudizio di opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento e il giudizio di convalida del sequestro conservativo (22). Formalmente i due casi sembrano molto diversi, perché, mentre nella opposizione a fallimento non solo il contraddittorio è posticipato al provvedimento, ma l'iniziativa del medesimo è spostata dall'attore al convenuto (fallito), il quale ha l'onere di provocarlo se non vuol che il provvedimento sommario diventi irrevocabile, nel giudizio di convalida del sequestro il contraddittorio è posticipato al provvedimento, ma l'iniziativa ne è mantenuta nell'attore, il quale ha l'onere di provocarlo, se non vuol che il provvedimento sommario diventi inefficace.

Ma tuttavia, se si prescinde da questo diverso giuoco delle iniziative e degli oneri (che si rispecchia nella diversa denominazione dei due rimedî: *opposizione-conferma*) il congegno e l'oggetto dei due giudizî è assolutamente identico: si tratta, qua e là, di accertare con cognizione piena e approfondita e col rispetto delle regole concernenti il contraddittorio e l'onere della prova, se sussistano le condizioni per il mantenimento di una misura cautelare, la quale, fino a che il giudizio ordinario non sia esaurito, trova la sua giustificazione prov-

---

(21) Cfr. Cass., 17 marzo 1934, n. 877, in *Massimario Giurisprudenza ital.*, 1934, col. 193.

(22) Cfr. il mio volume sui *Provvedimenti cautelari*, pag. 115.

visoria in quel giudizio iniziale di verosimiglianza che, in vista dell'urgenza, è stato sufficiente a darle vita.

Non ho bisogno di aggiungere che la soluzione data al problema esaminato in questa nota, non mi parrebbe difendibile quando il fallimento fosse stato inizialmente dichiarato nelle forme del processo ordinario, previa citazione del debitore: in tal caso, se, sull'appello interposto dal fallito contro la sentenza dichiarativa, il giudice di secondo grado ritenesse necessario ammettere interlocutoriamente nuove prove volte a chiarire gli estremi del dissesto, la sentenza di primo grado verrebbe a mancare (non potendo la dichiarazione di fallimento appoggiarsi qui ad un giudizio sommario di probabilità compiuto in camera di consiglio, prima dell'inizio del processo ordinario), di ogni base probatoria; e la sopravvenuta pronuncia dell'interlocutoria non potrebbe non significare, in attesa della decisione definitiva, revoca del fallimento allo stato degli atti.

XVII

LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DEL P. M. E CONTROVERSIE DI STATO. POSTILLA (*)

Credo anch'io, come il Tribunale di Firenze, che *in iure condito* non sia lecito estendere fuori dei casi speciali tassativamente previsti dalla legge il potere, eccezionalmente concesso al P. M., di procedere « in via di azione » in materia civile. Fino a che *hoc iure utimur*, la legittimazione ad agire in materia civile (anche nei rapporti che si dicono « attinenti all'ordine pubblico ») è affidata al privato, a differenza dell'azione penale che è sempre pubblica; non si nega che, quanto più si demoliscono e si cancellano le barriere tra diritto privato e diritto pubblico, tanto più ci si possa avvicinare a un sistema processuale in cui al P. M. sia riconosciuto in via generale il potere di procedere per via di azione anche in materia civile, tutte le volte in cui gli sembri che l'interesse pubblico lo reclami. Un sistema cosiffatto è già legge positiva in Russia (cfr. MAURACH, *Die Rolle des Staatsanwalts im sovetrussischen Zivilprozess*, in *Zeits. f. Ostrecht*, II (giugno 1928), pagg. 721-728); e non è inverosimile che, in obbedienza a quella fatale tendenza per cui oggi il processo civile, quasi ripercorrendo a ritroso il suo svolgimento storico, sembra volersi sempre più conformare, come a suo modello, al processo penale (quella tendenza che i processualisti tedeschi, con parola difficilmente traducibile, chiamano la *Kriminalisierung* del processo civile) si possa arrivare anche da noi, prima o poi, a riconoscere al P. M. una legittimazione generale anche in materia civile, sia pure in via sussidiaria e suppletiva.

Ma per ora, ripeto, questa tendenza, se è nell'aria, non è nelle leggi; e come la Corte di Cassazione ha negato che il P.M. possa proporre gravami in quelle cause matrimoniali e di stato, nelle quali non sarebbe legittimato a iniziare il processo in via di azione, perché ha considerato il potere di gravame come un aspetto del potere di

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XIV, 1937, P. II, pagg. 108-110, come *Postilla* ad una nota di G. DE SANTIS, alla sentenza del Tribunale di Firenze, 10 giugno 1936, P.M. c. B. e C.]. [*Bibliografia*, n. 206].

azione (cfr. Cass. del Regno, 20 marzo 1933, in *Foro ital.*, 1933, I, 1036; 20 dicembre 1928, in *Foro ital.*, 1929, I, 510; 31 marzo 1911, in *Foro ital.*, 1911, I, 924), così mi sembra che *a fortiori* il P. M. non possa iniziare un processo in materia civile se non dove una esplicita disposizione gli riconosca questo potere, finora eccezionale.

Tuttavia nel nostro caso sorge una questione, sulla quale l'autorevole Annotatore della sentenza opportunamente richiama l'attenzione dei lettori. Secondo l'art. 19 del Cod. proc. pen., quando la decisione sull'esistenza di un reato dipende dalla risoluzione di una controversia sullo stato delle persone, il P. M. è legittimato (per il cpv. ultimo dello stesso articolo) a promuovere dinanzi al Tribunale competente il giudizio civile sulla pregiudiziale. Si può ora domandare se, quando il reato sia estinto per amnistia o per qualsiasi altra causa, possa tuttavia il P. M. agire in via civile per far risolvere la questione di stato, da cui sarebbe dipesa la decisione sul reato se questo non fosse stato nel frattempo colpito da una causa estintiva sopraggiunta. Mi pare che la risposta debba essere negativa: il P. M., pure essendo legittimato ad agire in quanto la questione civile abbia carattere pregiudiziale in un processo penale, manca di interesse ad agire quando la decisione sulla questione di stato, perduto questo suo carattere strumentale, tenda ad assumere carattere principale: anzi sarebbe questo, forse, uno dei rari casi in cui, anche nell'azione esercitata dal P. M., sarebbe possibile distinguere nettamente la legittimazione dall'interesse ad agire. Tuttavia può nascere un dubbio: il tribunale civile, dinanzi al quale il P. M. promuovesse il giudizio sulla questione di stato, sarebbe competente a conoscere se si verifichi la condizione, voluta dall'art. 19 Cod. proc. pen., che dalla risoluzione di tale controversia dipenda la decisione sull'esistenza di un reato, e quindi se sussista o non sussista nel P. M. l'interesse ad agire? Questione in certo senso analoga è quella che si fa a proposito dell'azione per il risarcimento dei danni non patrimoniali, portata, dopo l'estinzione del reato, dinanzi al giudice civile: intorno alla quale vi è chi sostiene che in sede civile il giudice non abbia competenza ad accertare se il fatto dannoso avesse originariamente i caratteri che sarebbero stati necessarî e sufficienti per farlo dichiarare, in sede penale, reato (cfr. i miei *Studi*, vol. III, pagg. 115-117).

XVIII

IN TEMA DI PROVVEDIMENTI CAUTELARI (*)

Richiamiamo l'attenzione degli studiosi su questa sentenza del Supremo Collegio, veramente degna di essere meditata: non solo per la singolarità del caso pratico deciso, ma anche per la vastità degli orizzonti teorici in cui l'estensore ha saputo inquadrarlo. Nella spaziosa motivazione, che invece di evitare i problemi (con quella prudente e non commendevole pigrizia che talvolta si può rilevare anche nelle sentenze), li scopre e coraggiosamente li pone in termini di principio, affiorano questioni, che si connettono e si intersecano, attinenti a diverse discipline: al diritto industriale, al diritto internazionale, al diritto processuale. Sugli aspetti di questa decisione che possono interessare l'internazionalista, ha già scritto il Sereni (*In tema di sequestro di privative industriali straniere accordato dall'autorità giudiziaria italiana*, in *Foro ital.*, 1937, I, 1433): qui vorrei, dal canto mio, rilevare la importanza che questa decisione può avere per la sistematica del processo, in quanto in più punti essa offre l'occasione per riprendere in esame e per saggiare i criteri teorici proposti dalla più recente dottrina per la definizione e classificazione dei provvedimenti cautelari.

1. — La prima questione, che può avere importanza di massima per la teoria dei provvedimenti cautelari, è quella che la sentenza affronta nella prima parte della sua motivazione, sotto la lettera *A*: se colui che ha già in mano il titolo esecutivo, e che si troverebbe quindi teoricamente in condizione di immediatamente agire senz'altro per la sodisfazione forzata del suo diritto, possa limitarsi a chiedere, a tutela di questo suo stesso diritto, un semplice provvedimento cautelare di carattere conservativo. La sentenza della Corte torinese, che il S. C. ha annullato, aveva risolto negativamente tale questione, in quanto aveva ritenuto che, costituendo il provvedimento cautelare « per così dire il preannuncio e l'avanguardia del provvedimento de- « finitivo, o una tappa del cammino che la parte percorre per rag- « giungere la meta ultima », non potesse essere più utilmente chiesto

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XV, 1938, P. II, pagg. 9-22; ristampato in *Studi*, V, pagg. 199-208]. [*Bibliografia*, n. 213].

da « chi è al termine di quel cammino, essendo in condizione di promuovere l'esecuzione forzata ». Ma il S. C. ha censurato questo linguaggio immaginoso che, a suo avviso « non coglie nel loro vero carattere le misure conservative e cauzionali », e ha risolto la questione in senso diametralmente opposto, in quanto « il modo di essere del diritto, nonostante l'esecutorietà del titolo, può consigliare e qualche volta imporre che non si faccia uso della esecuzione ordinaria, ma di quella cautelativa, prima che il diritto sia definitivamente riconosciuto e prima che si mutino le condizioni che danno affidamento di proficuo e completo esercizio della giurisdizione ».

L'opinione espressa dalla Corte Suprema mi sembra, in linea di principio, da approvarsi: non tanto perché io ritenga inesatta la concezione della Corte torinese che considera certi provvedimenti cautelari come una tappa sul cammino di cui la esecuzione forzata sarebbe la meta ultima (in sostanza, a parte la terminologia, la Corte di merito si era avvicinata al concetto da me espresso, quando ho sostenuto che in certi casi « la esecuzione cautelare equivale nella sua « totalità, ad una frazione della esecuzione ordinaria ») (1), ma perché, anche considerando il provvedimento cautelare come una tappa verso la esecuzione forzata o come una provvisoria anticipazione di essa, non è lecito affermare *a priori* che il conseguimento del titolo esecutivo debba estinguere necessariamente, in colui che lo possiede, l'*interesse* a chieder subito, in luogo e prima della più lenta esecuzione forzata, un provvedimento cautelare più sollecito e per questo più efficace.

Perché si dimostri l'esistenza di un *periculum in mora* (che è poi la forma specifica che assume nelle azioni cautelari il requisito dell'interesse), non v'è ragione alcuna, né nella legge né nel sistema, per escludere che l'altro requisito del *fumus boni iuris* venga meno là dove, invece della semplice supposizione del buon diritto, già il richiedente abbia nel titolo esecutivo il definitivo accertamento del medesimo. Se alla concessione del provvedimento cautelare basta il *fumus*, cioè la semplice apparenza e probabilità del buon diritto, *a fortiori* tale condizione dovrà dirsi avverata là dove, invece della evanescente verosimiglianza, sussista la concreta certezza del diritto vantato dal richiedente. Il dubbio potrebbe nascere, dunque, unicamente sul requisito dell'interesse; ma, su questo punto, la soluzione non può essere che di specie. Probabilmente in certi casi, nei quali promuovere la esecuzione forzata non richiederebbe maggiore sforzo di quello occorrente per richiedere la corrispondente misura cautelare,

(1) *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padova, 1936), pag. 89.

né questa presenterebbe sulla esecuzione alcun vantaggio di maggior semplicità o celerità, (come se, per es., il creditore munito di titolo esecutivo definitivo chiedesse al presidente del tribunale il sequestro conservativo di quegli stessi mobili di cui potrebbe, con assai maggior celerità, chiedere all'ufficiale giudiziario il pignoramento), l'interesse dovrebbe esser negato. Ma in altri casi (come in quello deciso dalla sentenza annotata) la misura cautelare può assicurare a chi la richiede vantaggi immediati, che l'inizio della esecuzione forzata non potrebbe fargli conseguire con altrettanta prontezza: e allora, se si dimostra che solo la misura cautelare può valere ad ovviare quel pericolo nel ritardo che la esecuzione forzata non riuscirebbe ad eliminare, non v'è proprio ragione di negare, a colui che ha già in mano l'accertamento del suo buon diritto, il vantaggio di quella sollecita tutela cautelare che non si negherebbe a colui il cui buon diritto, ancora *sub iudice*, fosse considerato soltanto in via di verosimile ipotesi.

Ci troviamo qui, in sostanza, in un caso di *concorso di azioni*, molto simile a quello, ampiamente dibattuto in dottrina, del concorso dell'azione di mero accertamento coll'azione di condanna: come si è discusso se la possibilità di chiedere attualmente la condanna del convenuto escluda l'interesse ad agire per il mero accertamento (2), così si può discutere se la possibilità di promuovere attualmente la esecuzione forzata escluda l'interesse ad agire per ottenere innanzi tutto le misure cautelari sui beni che saranno in un secondo momento oggetto della esecuzione. Ma in tutte le questioni di questo genere, la soluzione è sempre nella stessa nozione generale di interesse ad agire: il quale, come ancora insegna il Chiovenda a proposito delle azioni di accertamento, « è dato da una situazione di fatto tale che l'attore senza l'accertamento giudiziale della volontà concreta della legge, soffrirebbe un danno ingiusto, di modo che la dichiarazione giudiziale si presenta come il mezzo necessario per evitare questo danno » (3). Lo stesso si può ripetere per l'azione cautelare in concorso colla azione esecutiva: l'interesse ad agire in via cautelare è dato da una situazione di fatto tale che il provvedimento cautelare si presenta per il richiedente come il rimedio necessario per eliminare quel pericolo nel ritardo, che l'inizio, anche immediato, della esecuzione forzata non varrebbe ad eliminare (4).

Situazioni simili, del resto, non sono ignote ad altri campi del nostro diritto positivo: si pensi per es. al caso del creditore cambiario,

---

(2) Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 66; *Principii*, pag. 175.

(3) *Istituzioni*, cit., pag. 207.

(4) In fondo la questione è prospettata sotto il profilo dell'interesse, da accertarsi caso per caso, anche dal Coniglio, *Sequestro*, n. 73, pagg. 309-310.

che, pur potendo valersi della cambiale come titolo esecutivo (art. 63 della legge cambiaria), può altresì esperimentare in base alla medesima l'azione di condanna nell'ordinario giudizio di cognizione, ovvero servirsene come prova scritta nel procedimento ingiunzionale, per conseguire così, percorrendo una via più lunga ma più sicura, quel titolo esecutivo in forma di sentenza o di ingiunzione, che egli possedeva già in forma di cambiale (5).

2. — Assai più gravi dubbi rimangono in me di fronte a quel gruppo di questioni che, sempre nel campo dei provvedimenti cautelari, la sentenza pone e risolve sotto la lett. *B* della sua motivazione.

Il problema ultimo che la sentenza doveva risolvere era questo: se potesse in Italia, fra cittadini italiani, validamente ordinarsi un sequestro conservativo di privative industriali straniere, e validamente intimarsi, al debitore o al terzo, di non disporre senz'ordine di giustizia dei documenti relativi a tali privative. Per arrivare a risolvere questo problema, la sentenza ha dovuto superare tutta una serie di quesiti intermedi tra loro concatenati, su ciascun dei quali si potrebbe indugiare in discussioni, ma dei quali a me basta, ai limitati effetti di questa nota, riferire schematicamente l'*iter logico* per arrivare al punto d'arrivo che qui più mi interessa.

La Corte torinese aveva ritenuto che anche i diritti di privativa possano essere assoggettati, in quanto si traducono in entità patrimoniali, ad esecuzione forzata; ma aveva negato che i diritti di privativa stranieri, localizzati entro l'ambito territoriale dell'ordinamento giuridico che li riconosce e li tutela, possano essere assoggettati ad esecuzione forzata (*comprendendo in questa anche la esecuzione di provvedimenti cautelari*) in Italia, ad opera degli organi giurisdizionali italiani. Il S. C. in sostanza è partito dalle stesse premesse: in quanto, dopo aver ricordato che ormai la assoggettabilità dei diritti di privativa alla esecuzione forzata è scritta nella legge (art. 116, legge 13 settembre 1934, n. 1602), ha aggiunto che, in quanto alla competenza giurisdizionale dell'autorità giudiziaria italiana a provvedere su controversie sorte in Italia tra italiani in tema di privative estere, il principio della « localizzazione » della privativa nell'ambito territoriale dello Stato che l'ha riconosciuta, impone di stabilire una netta distinzione fra la fase dichiarativa e la fase esecutiva del processo: *per quanto attiene alla fase di cognizione* « nessuno Stato straniero può impedire che in Italia, tra italiani, per obbligazioni sorte in Italia, *si discuta* avanti i tribunali e questi *decidano* su diritti appar-

(5) Cfr. anche qui CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, n. 75. Cfr. ora, in argomento, PERETTI-GRIVA, *Il proc. per ingiunzione* (1938), pag. 52 e segg.

tenenti ai litiganti italiani, sia pure che tali diritti debbano poi realizzarsi all'estero »; mentre, *per quanto attiene alla fase di esecuzione*, « non è lecita e del resto non sarebbe neppure possibile, l'attuazione della esecuzione sui beni situati all'estero ».

Fino a questo punto dunque l'opinione del S. C. non sembrava praticamente disforme da quella precedentemente espressa dalla Corte di merito: in sede di cognizione il principio secondo il quale l'autorità giudiziaria italiana ha giurisdizione a conoscere di qualsiasi controversia tra italiani (6) non è ostacolato dal fatto che il diritto di cui si controverte sia « localizzato » in un ordinamento giuridico diverso; in sede di esecuzione forzata, invece, ogni provvedimento dev'essere riservato all'autorità giudiziaria di quello Stato nel cui ambito territoriale è « localizzato » il bene, che di tale esecuzione forzata costituisce l'oggetto.

Sulla esattezza di queste due proposizioni non intendo qui, come ho già avvertito, discutere: mi limito ad osservare che anche sulla prima (che afferma la competenza giurisdizionale italiana nella fase di cognizione) ci sarebbe forse da fare qualche riserva, dello stesso ordine di quelle sollevate da studiosi autorevolissimi in un caso in cui il problema di competenza giurisdizionale dell'autorità giudiziaria italiana si presentava sotto un aspetto molto simile a quello qui considerato (7).

Ma indipendentemente da tali riserve, qui la questione è un'altra: si tratta di vedere se, partendo dalla contrapposizione tra fase di cognizione e fase di esecuzione forzata, dalla quale è partito il S. C., si possa arrivare, *in tema di sequestro conservativo*, alle conclusioni cui è giunta la sentenza qui annotata.

È noto che i provvedimenti cautelari non si possono considerare come un *tertium genus* da porsi con omogeneità di criterî sullo stesso piano di classificazione su cui è impostata la distinzione tra provvedimenti di cognizione e provvedimenti di esecuzione. Il criterio in base al quale i provvedimenti *cautelari* si distinguono dai provvedimenti *non cautelari* (« definitivi » o « principali ») è un criterio diverso da quello per cui i provvedimenti dichiarativi si distinguono da quelli esecutivi: come in ciascun gruppo di provvedimenti dichiarativi o esecutivi si possono suddistinguere i provvedimenti cautelari da quelli non cautelari, così viceversa nel gruppo dei provve-

---

(6) Sereni, *Nota* cit., n. 5.

(7) Alludo al caso, deciso dalla Corte di Cassazione il 27 luglio 1931 (in *Riv. dir. int.*, 1932, pag. 234 e segg.), nel quale è stata ritenuta la competenza del giudice italiano a conoscere le controversie tra italiani per azioni reali su beni immobili situati all'estero: cfr. in senso contrario Chiovenda, *Ist.*, II, pag. 3[illegible]

dimenti cautelari si può distinguere la fase dichiarativa dalla fase di esecuzione, e aversi così, in corrispondenza, provvedimenti cautelari decisorî e provvedimenti cautelari esecutivi (8).

Partendo da questa distinzione dei provvedimenti cautelari in due sottotipi, corrispondenti alla contrapposizione tra cognizione ed esecuzione, sembrerebbe che, nel caso deciso dalla sentenza qui annotata, la soluzione da trarsi molto semplicemente dalle premesse avrebbe dovuto esser questa: che l'autorità giudiziaria italiana, in tema di misure cautelari su diritti « localizzati » all'estero, abbia competenza giurisdizionale fino a che si tratti di *ordinarle* (cognizione cautelare), ma non l'abbia più quando si tratti di *metterle ad effetto* (esecuzione cautelare). Per limitare la nostra indagine al solo caso del sequestro conservativo, è noto che nel procedimento di sequestro la fase di cognizione si svolge in *due tempi* (9), cognizione sommaria nel primo tempo (concessione di sequestro su ricorso, in base a informazioni sommarie: art. 925 Cod. proc. civ.), cognizione ordinaria nel secondo tempo (giudizio di convalida, art. 931). Ma, in conformità di quanto avviene assai spesso nei casi in cui la sommarietà della cognizione è consigliata dalla urgenza della esecuzione, la fase esecutiva del sequestro, anziché attendere l'esaurimento di tutt'e due i momenti della cognizione, si incastra in mezzo ad essi, collocandosi immediatamente dopo la fase di cognizione sommaria (concessione del sequestro) e immediatamente prima della susseguente fase di cognizione ordinaria (giudizio di convalida). Questa esecuzione (cautelare) del sequestro, che costituisce come una parentesi esecutiva, anticipata a mezzo della fase di cognizione (cautelare), ha luogo, com'è noto, colle stesse modalità pratiche del pignoramento (art. 930 Cod. proc. civ.): ossia secondo le norme degli artt. 593 e segg. se il pignoramento è fatto presso il debitore, e secondo quelle degli art. 611 e segg., se è fatto presso i terzi. Certo è che, quando, ottenuta la concessione del sequestro conservativo, si procede presso il debitore o presso i terzi in conformità degli articoli sopra ricordati, non siamo più nel campo della cognizione (cautelare), *ma si entra in pieno nel campo della esecuzione forzata* (cautelare); ciò vale anche per il caso in cui, dovendosi eseguire il sequestro conservativo presso un terzo, il sequestro si riduca a una semplice ingiunzione fatta dall'ufficiale giudiziario al terzo di non disporre senza ordine di giustizia della cosa sequestrata (art. 611, n. 3), non essendovi dubbio che, come tale ingiunzione rivolta al terzo nella esecuzione mobiliare non è altro

(8) Cfr. la mia *Introduzione*, cit., n. 2, ed i richiami ai precedenti scritti del CARNELUTTI; ed ora, dello stesso, *Sistema*, I, n. 116.

(9) *Introduzione*, cit., n. 23.

che una forma di pignoramento equivalente nella natura e negli effetti al pignoramento formalmente più complicato e più solenne fatto dall'ufficiale giudiziario sui mobili del debitore (10), così l'ingiunzione rivolta al terzo sequestrato ha la stessa natura *esecutiva* del sequestro dei mobili eseguito presso il debitore. Questa equivalenza giuridica della esecuzione materiale del sequestro di mobili presso il debitore e della ingiunzione di non disporre rivolta al terzo sequestrato, è riconosciuta dalla stessa sentenza che qui si annota, là dove essa osserva che « naturalmente i provvedimenti conservativi devono adattarsi alla « immaterialità dei beni ed alle forme speciali di documentazione, « non diversamente di quanto si opera per i brevetti italiani, ed il « divieto al terzo o al debitore di disporre del certificato o di altri do- « cumenti *sostituirà l'apprensione che si esegue su bene fisicamente* « *esistente* ».

Orbene, se si ritiene che, sorgendo in Italia controversia tra italiani su brevetti esteri, l'autorità giudiziaria italiana abbia la propria competenza giurisdizionale limitata *alla sola fase di cognizione*; se si ritiene che tale limitazione si debba applicare anche in tema di provvedimenti cautelari; se si ritiene che nel procedimento di sequestro la fase di cognizione, appena iniziata colla concessione del sequestro, subito si interrompa per dar luogo, prima che la cognizione riprenda nel giudizio di convalida, alla immediata esecuzione forzata (cautelare); e se finalmente si ritiene che anche la ingiunzione di non disporre, rivolta dall'ufficiale giudiziario al debitore o al terzo, *sia una forma di esecuzione forzata*, — se tutte queste premesse sono esatte, come si può sostenere poi che « se al provvedimento conservativo, « emesso, a norma dell'art. 924 Cod. proc. civ., sia seguito l'atto no- « tificato al terzo per intimargli di non disporre dei beni e degli « attestati senza ordine di giustizia... *tale atto non trascende i limiti* « *della giurisdizione italiana* »?

La sentenza annotata afferma che in questo caso l'art. 943 Cod. proc. civ. « offre la ragione perentoria in favore della giurisdizione « italiana ». Non v'ha dubbio: come per questo art. 943 è possibile che si debba procedere alla « *esecuzione* nel regno » di provvedimenti di sequestro « *dati* da autorità giudiziarie straniere », così viceversa deve l'autorità giudiziaria italiana poter « *dare* » sequestri *da eseguirsi* all'estero; ma « dare », cioè *concedere*, vuol dire semplicemente *emettere un provvedimento cautelare dichiarativo*, non vuol dire *eseguirlo*. E se si ritiene, per le ragioni già dette, che intimare al terzo di non disporre dei beni senz'ordine di giustizia sia la forma con cui *si esegue* il sequestro presso il terzo, mi pare che lo stesso art. 943 dia un argo-

(10) Carnelutti, *Lezioni - Processo di esecuzione*, II, n. 249 (643).

mento sicuro per far ritenere che questo atto di intimazione, che è un atto esecutivo, sia fuori dei poteri del giudice che può « dare » il sequestro, e rientri nei poteri *del giudice dell'esecuzione*, che vuol dire, nel nostro caso, del giudice straniero.

Né mi pare che a diversa soluzione si possa arrivare, come fa la sentenza qui annotata, col negare che « anche nel procedimento conservativo e cautelare si esplichi un'attività di natura costitutiva e dispositiva », i quali effetti « costitutivi e dispositivi » si verificherebbero soltanto quando, convalidato il sequestro e definitivamente accertato il credito, si potesse procedere « alla esecuzione vera e propria ».

Che i provvedimenti cautelari abbiano normalmente efficacia costitutiva, è opinione unanime di tutta la dottrina (11): non solo nel senso, insegnato dal CHIOVENDA (12), che l'azione cautelare è mera azione « perché esiste come potere attuale quando ancora non si sa « se il diritto cautelato esiste », e quindi gli effetti del provvedimento non si possono considerare come derivanti dall'accertamento di un diritto preesistente, ma sono invece prodotti *ex novo* del provvedimento medesimo; ma anche nel senso che dalla esecuzione del provvedimento cautelare deriva sempre una modificazione, sia pur temporanea, della preesistente situazione giuridica, in quanto il debitore (o il terzo) perde, in seguito al sequestro, quel potere di disporre della cosa sequestrata che aveva fino al momento in cui la misura cautelare è stata eseguita. La diversità che passa tra la modificazione prodotta dall'esecuzione cautelare e quella prodotta dall'esecuzione definitiva è semplicemente questa: che gli effetti della esecuzione cautelare sono, a differenza di quelli della esecuzione definitiva, sempre *provvisorî*. Ma la provvisorietà della modificazione che colpisce la sfera giuridica del debitore o del terzo in seguito alla esecuzione del sequestro, non esclude che tale modificazione abbia natura tipicamente esecutiva; come l'esecuzione forzata di una sentenza non cessa di esser tale solo perché si fondi su una clausola di esecutorietà provvisoria.

Ma queste riserve, che riguardano, come dicevo, solo questa specifica conclusione della sentenza e non le sue premesse, non vogliono diminuire il valore scientifico e pratico di questa decisione veramente notevole; colla quale la C. S., utilizzando e saggiando sui casi concreti le nozioni elaborate dalla teoria generale del processo, mostra ancora una volta di saper essere il punto di incontro e di saldatura tra la pratica giudiziaria e la dottrina.

---

(11) CONIGLIO, *Sequestro*, cit., n. 188; KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, 1903, pag. 162; e la mia *Introduzione*, pag. 75.

(12) *Ist.*, I, pag. 24, lettera *d* e pag. 250.

XIX

L'ESECUZIONE FORZATA SUL FONDO AGRARIO (*)

SOMMARIO: 1. Necessità di coordinare le soluzioni processuali alle premesse di diritto sostanziale. — 2. Fondo agrario o azienda agraria. — 3. L'esecuzione forzata come espropriazione dei poteri di disposizione spettanti al debitore sul proprio patrimonio. — 4. Espropriazione del fondo ed espropriazione dell'azienda. — 5. L'espropriazione di aziende del Progetto Solmi: critiche. — 6. Tutela della « minima unità culturale » in sede esecutiva. — 7. Esecuzione forzata sulle pertinenze agrarie. — 8. L'« amministrazione giudiziale » dell'azienda. — 9. Esecuzione nell'azienda agraria e fallimento: conclusioni.

1. — In questa rassegna generale dei più importanti problemi di diritto agrario che il presente Congresso è chiamato a compiere, a scopo di sintesi sistematica, intorno al tema IV, concernente la preparazione di una « legge organica » dell'agricoltura, anche il diritto processuale è stato chiamato a dir la sua parola: la quale non può essere che una parola di modestia e direi di subordinazione, per quel carattere naturalmente accessorio e secondario con cui si presentano i problemi processuali, lo studio dei quali deve necessariamente accettare senza discutere le premesse imposte dal diritto sostanziale.

Già in una nostra precedente relazione (1) avvertimmo che, mentre nessuno ha mai pensato sul serio ad auspicare nella fase di cognizione la istituzione di una speciale disciplina processuale per le materie agrarie, si è sentita universalmente la necessità di riservare agli interessi dell'agricoltura una speciale tutela in sede esecutiva, per evitare che attraverso la sregolata espropriazione dei beni costituenti l'azienda agraria venga a trovarsi distrutta o menomata la capacità produttiva del fondo, e che, per sodisfare a tutti i costi l'interesse individuale

---

(*) [Comunicazione presentata al II *Congresso nazionale di diritto agrario* tenutosi a Cagliari il 18 ottobre 1937. Pubblicata in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XV, 1938, P. I, pagg. 281-300; ristampata in *Studi*, V, pagg. 171-190. Un riassunto di questo scritto, redatto dall'Autore, fu pubblicato anche, con il titolo *Esecuzione sul fondo o sull'azienda agraria*, in *Rivista di diritto agrario* (Firenze-Roma), a. XVII, 1938, pagg. 483-485]. [*Bibliografia*, nn. 215, 220, 228].

(1) *Diritto agrario e processo civile*, in *Studi*, vol. IV, pag. 15 e segg.

del creditore, si venga a ferire l'interesse nazionale della produzione agraria. Scopo della presente relazione è appunto quello di riassumere e coordinare in una visione panoramica i varî problemi relativi alla esecuzione sulla azienda agraria, quali sono affiorati in questi ultimi anni, specialmente in virtù di quel titolo del progetto Solmi sulla « espropriazione di aziende » (art. 534 e segg.), che ha suscitato tante, e speriamo non infeconde, discussioni; ma poiché in questo congresso tutti i problemi particolari si discutono non per il loro valore isolato ed assoluto, ma per la loro collocazione e la loro funzione nella « legge organica » che si prepara, così anche i problemi concernenti l'esecuzione forzata sul fondo agrario debbono essere posti qui in armonia con quella disciplina giuridica che è stata data, o sta per essere data alla proprietà agraria dalle vigenti leggi sostanziali, ed in particolare dal nuovo codice civile. Se nella nostra precedente relazione (2) lamentavamo che il nostro decrepito codice di procedura civile, in quelle disposizioni che toccano materia agraria, sia rimasto fermo alle concezioni di una agricoltura patriarcale quale nella realtà sociale è tramontata da più di mezzo secolo, neppure si può chiedere alle leggi di procedura di precorrere i tempi, e di penetrare nel regime individualistico della proprietà agraria più profondamentale di quanto abbiamo fatto, o stiamo per fare, le leggi di diritto sostanziale.

Riteniamo doveroso porre questa premessa, perché ci siamo accorti che assai spesso, quando si discute della espropriazione dei fondi o delle aziende agrarie, si toccano in realtà problemi fondamentali di diritto sostanziale, che il processo rivela, ma la soluzione dei quali non appartiene alla competenza dei processualisti. Da qualche decennio si nota nella scienza giuridica e forse anche in qualche ordinamento positivo (per fortuna non in quello italiano) una certa tendenza a sopravalutare il fenomeno processuale e a spostare il centro di gravità dell'ordinamento giuridico dal legislatore al giudice. Ora io penso (e se lo dice un processualista, ci si può crederel) che sia venuto il momento di reagire contro questa tendenza che mi sembra oltremodo pericolosa per l'autorità dello Stato, e che si debba cominciare a respingere anche *in iure condendo* ogni espediente di tecnica legislativa, che possa far servire il processo a introdurre di straforo nel regolamento dei rapporti sociali riforme che non siano apertamente consacrate nel diritto sostanziale codificato. Il processo, nella sua destinazione normale, deve servire ad attuare il diritto preesistente, non a creare il diritto nuovo: in particolare l'esecuzione forzata non può servire ad altro che a realizzare praticamente la

---

(2) Cfr. *Studi*, vol. IV, pag. 15.

sodisfazione di quegli interessi che già il diritto sostanziale riconosce e tutela, in quei casi, da considerarsi eccezionali e patologici, in cui questi interessi non siano stati sodisfatti dallo spontaneo e fisiologico adempimento dell'obbligato. Ricordare queste nozioni elementari può apparire indiscreto; ma anche l'indiscrezione è scusabile, quando mira a mettere in guardia contro la pericolosa incongruenza di chiedere alle leggi processuali una tutela dell'integrità dell'azienda agraria che le leggi di diritto sostanziale non solo non assicurano, ma anzi apertamente respingono.

2. — Scusabile è pertanto il processualista se, chiamato a studiare i problemi legislativi concernenti l'esecuzione forzata sulle terre coltivate, chiede per prima cosa ai cultori del diritto agrario sostanziale una definizione precisa di quel *fondo agrario* o, come altri dice, di quella *azienda agraria*, della quale bisogna pur conoscere con sicurezza la natura giuridica, se si vuol dare congrua disciplina all'esecuzione forzata di cui essa è l'oggetto.

È noto che sul significato delle espressioni *fondo agrario* e *azienda agraria* gli agraristi non sono d'accordo (3), in quanto, mentre alcuni chiamano *fondo agrario* l'organizzazione di tutti i mezzi immobiliari e mobiliari, che servono alla produzione agricola, e adoprano quindi questa espressione come perfettamente equivalente a quella di *azienda agraria*, altri riservano la denominazione di fondo al « complesso della terra e dei capitali *immobilizzati* in essa » e considerano quindi il fondo soltanto come uno dei componenti, sia pure essenziale e caratteristico, dell'azienda agraria. Il dissenso non è forse soltanto di terminologia: perché chi adopra l'espressione *fondo agrario come sinonimo di aziendo agraria*, cioè in senso comprensivo di tutte le dotazioni mobiliari che servono alla produzione, vuol sottintendere che l'azienda agraria si identifica colla terra coltivata, della quale l'organizzazione non sarebbe che un accessorio; mentre chi riserva l'espressione *fondo agrario* alla sola *parte immobiliare dell'azienda agraria*, sposta il centro di gravità dalla terra alla organizzazione produttiva basata su di essa, e, invertendo i termini, considera la terra come un accessorio dell'organizzazione, considerata a sua volta come principale.

Queste due diverse concezioni, si potrebbe dire queste due diverse accentuazioni giuridiche dello stesso fenomeno economico, non possono rimanere senza conseguenza sulla disciplina processuale dell'esecuzione forzata: chi nel fenomeno della produzione agricola considera preminente la disciplina giuridica del terreno, sarà tratto

(3) Serpieri, *Osservazioni sul fondo e l'azienda agraria* (in *Riv. dir. agrario*, 1937, pag. 361 e segg.), pag. 370.

a considerare l'esecuzione forzata sul fondo come uno tra i molti casi di esecuzione immobiliare e ad inquadrare entro la cornice di questo procedimento le previdenze volte a difesa dell'agricoltura: chi viceversa nella coltivazione dà la preminenza all'organizzazione aziendale, sarà portato a svincolare l'esecuzione forzata sull'azienda agraria dalle norme della esecuzione immobiliare, e a farne oggetto di una speciale disciplina esecutiva, comune per avventura ad altri tipi di aziende in cui l'elemento immobiliare non sia così essenziale e connaturato come è nell'azienda agraria.

Bastano queste semplici osservazioni a far intendere come non si possa, in sede di riforme processuali, stabilire con qualche fondatezza quale sia la miglior disciplina giuridica da dare all'esecuzione forzata sui terreni coltivati, se prima il diritto sostanziale non ci abbia spiegato quale debba essere l'oggetto principale di questa esecuzione, — il fondo come immobile ovvero l'azienda come organizzazione.

3. — Ma, sempre in questo ordine di idee, c'è da fare un'altra osservazione sulla esigenza logica e sistematica che, in questo come in tutti gli altri campi delle possibili riforme legislative, il diritto sostanziale e il diritto processuale camminino di pari passo.

È noto che, nell'attuale struttura del diritto privato, l'esecuzione processuale a tutela dell'interesse del creditore si attua mediante una invasione che lo Stato fa d'autorità nella sfera giuridica del debitore, per esercitarvi invece di lui e a vantaggio del creditore quei poteri di disposizione che normalmente potrebbero essere esercitati soltanto dal privato titolare della medesima: sicché i poteri di disposizione che l'organo esecutivo esplica sulle cose del debitore espropriato non sono per il loro contenuto sostanzialmente diversi da quelli che lo stesso debitore avrebbe potuto, prima che fosse iniziata contro di lui l'esecuzione forzata, esercitare per suo conto sul proprio patrimonio.

Se questo è il meccanismo giuridico dell'esecuzione forzata (che autorevolmente è stata infatti concepita come una espropriazione operata dallo Stato dei poteri di disposizione che il debitore ha sulla propria sfera giuridica) (4), è facile intendere come debba esservi tra i modi con cui il privato può disporre delle cose sue secondo il diritto sostanziale e i modi con cui lo Stato può disporre secondo il diritto processuale delle cose del debitore espropriato, una insopprimibile coincidenza, derivante dalla natura sostitutiva ed accessoria che ha l'esecuzione forzata nei confronti del volontario adempimento: né

(4) Chiovenda, *Sulla natura giuridica della espropriazione forzata*, in *Saggi*, II, pag. 459.

parrebbe logico che il creditore potesse conseguire in sede esecutiva una sodisfazione del suo interesse diversa da quella a cui avrebbe potuto aspirare attraverso lo spontaneo adempimento dell'obbligato, o che l'organo esecutivo potesse disporre dei beni soggetti alla esecuzione in modo diverso da quello con cui avrebbe potuto disporne, allo scopo di far fronte alle proprie obbligazioni, lo stesso debitore.

Certo, il legislatore può far tutto: e potrebbe, se volesse, distruggere questo necessario parallelismo tra i modi del volontario adempimento e i modi della esecuzione forzata, anche se la distruzione di questo parallelismo potesse significare, di rimbalzo, alterazione delle basi stesse su cui poggia il diritto privato. Ma tuttavia quale sia la ragione logica e la portata pratica della fedeltà a questo parallelismo si vede con assoluta nitidezza proprio in relazione all'esecuzione forzata sul fondo agrario. Non si riuscirebbe ad intendere come lo Stato, se al disopra di ogni interesse individuale vuol tutelare l'interesse pubblico al mantenimento e all'accrescimento della produzione agraria, potesse accontentarsi di introdurre soltanto in sede di esecuzione processuale le misure atte ad impedire la disgregazione del fondo, quando poi in sede di diritto sostanziale lasciasse libero il proprietario di modificare o di frazionare o anche di distruggere l'azienda agraria a suo pieno beneplacito; e viceversa, se la legislazione sostanziale regola la proprietà privata in modo da consentire al proprietario il potere di disporre come meglio crede del proprio fondo, e lo lascia libero di frazionare in lotti la sua tenuta o di alienare, sia pur con scapito delle culture, un campo del suo podere per pagare il creditore che lo minaccia, non si riuscirebbe a capire perché mai questi poteri di disposizione che il privato può esercitare sui propri beni senza trovare alcun ostacolo nell'interesse pubblico alla conservazione dell'azienda agraria, non possano poi in sede esecutiva essere esercitati dallo Stato, quando si tratta di appagare *su quegli stessi beni* l'interesse del creditore rimasto insodisfatto!

4. — In base a queste precisazioni preliminari, il problema dell'esecuzione forzata sul fondo o azienda agraria non può non esser posto in termini molto ristretti. Si può essere tutti d'accordo su questa direttiva ideale: esser desiderabile disciplinare l'esecuzione forzata in modo da evitare, come dice la relazione sul progetto Solmi, « la disgregazione dell'azienda », o, come si è espressa la Corte di cassazione nel suo parere su questo progetto, « lo smembramento fra l'elemento immobiliare di essa e l'elemento mobiliare » (5). Ma questa direttiva

(5) Min. di grazia e giustizia, *Osservazioni sul progetto di C. p. c.*, 1938, vol. III, pag. 467.

di massima deve essere, in sede di riforma processuale, contenuta nei termini obbligati posti dalla legislazione sostanziale: il rispetto dell'integrità dell'azienda non può essere assicurato in sede esecutiva in limiti diversi da quelli in cui l'interesse pubblico al mantenimento di questa integrità sia stato preso in considerazione dalle leggi sostanziali che configurano il contenuto della proprietà agraria.

E allora, per arrivare alla soluzione del problema processuale, la prima ricerca da fare è questa: se secondo le leggi sostanziali, vigenti o in preparazione, la cellula agraria di cui si tratta di mantenere, nell'interesse pubblico della produzione nazionale, la integrità, sia il *fondo considerato come immobile*, ovvero *l'azienda considerata come organizzazione.*

La ricerca non è meramente teorica: poiché le cautele pratiche da adottare a difesa della produzione agraria potranno essere diverse secondo che come unità, come cellula da mantenere intatta, si consideri il fondo o l'azienda; nel primo caso infatti le cautele saranno prima di tutto orientate a mantenere l'integrità dell'immobile, di cui si vieterà il frazionamento al di sotto di una certa estensione, considerata come costituente la « minima unità culturale »; nel secondo caso invece, più che all'estensione del terreno ed alla opportunità di impedirne la cosiddetta « polverizzazione », si mirerà a mantenere in vita quella organizzazione che è già in esercizio sulla terra, e a non turbare quell'equilibrio di forze che già il produttore ha realizzato nella coltivazione da lui esercitata. Si noti che l'interesse alla conservazione della « minima unità culturale » può non coincidere coll'interesse al mantenimento dell'azienda agraria in esercizio: vi può essere una azienda agraria a cultura estensiva, organizzata e fiorente su un vastissimo terreno, che, se venisse assoggettato a coltivazione più intensa, potrebbe utilmente essere diviso in più fondi, ciascuno corrispondente al tipo della « minima unità culturale ». Si dovrà, per difendere a tutti i costi l'esistenza di una azienda in atto, vietare quel frazionamento del terreno che distruggerebbe, sì, quell'azienda oggi in esercizio, ma che permetterebbe in un secondo momento di ricostituire su ciascuna frazione altrettanti nuclei vitali di produzione agraria più intensa? Oppure, più che all'azienda in atto, si dovrà guardare alla potenzialità produttiva del terreno, e permetterne il frazionamento, anche se ciò porti a distruggere una organizzazione in esercizio, fino a che si possa sperare che da questa moltiplicazione di fondi la produzione agricola possa alla fine trovarsi migliorata ed accresciuta?

Non sta al processualista scegliere tra questi due criterî, quello *statico ed oggettivo* che mira ad evitare il frazionamento della proprietà terriera, o quello *dinamico e soggettivo* che mira ad evitare la dispersione di quegli organismi viventi che sono le aziende in

esercizio; ma il processualista si limita ad osservare che, secondo che si adotti nelle leggi sostanziali l'uno o l'altro di questi due criterî, diverse saranno le limitazioni da adottare, in coerenza, nella disciplina della esecuzione forzata.

5. — La più energica forma, astrattamente concepibile, di tutela dell'integrità dell'azienda agraria sarebbe quella che, per impedirne a tutti costi la dispersione, non ne permettesse in sede esecutiva altro che l'espropriazione *integrale*: espropriazione globale non delle sole cose materiali, mobili e immobili, costituenti i mezzi della produzione, ma anche e soprattutto dell'esercizio o, si potrebbe dire, dell'« avviamento » già in atto; in modo che la esecuzione non potesse aver luogo se non in quanto si trovasse un offerente disposto a continuare l'esercizio dell'azienda, e a prendere il posto di titolare della medesima, in sostituzione del produttore cessante. A questa concezione, che potremmo chiamare integralista, secondo la quale l'esecuzione sulla azienda agraria sarebbe non tanto una espropriazione *di beni*, quanto l'espropriazione *di una concessione* data nell'interesse della produzione, o si potrebbe dire, *di un ufficio di produttore*, ha cercato di ispirarsi al progetto Solmi con quelle disposizioni sulla « espropriazione di aziende » che hanno dato luogo a tante interessanti discussioni. Ma senza ripeter qui le numerose critiche, che sotto l'aspetto dogmatico-giuridico e sotto l'aspetto economico-pratico sono state autorevolmente mosse a tali disposizioni (6), ci sembra che l'obiezione fondamentale e preliminare da rivolgersi ad esse sia questa: che esse presuppongono una concezione pubblicistica dell'azienda agraria e dell'ufficio di produttore, che non trova per ora alcun riconoscimento nella legislazione sostanziale e che non può quindi, per le considerazioni già svolte, essersi introdotta di straforo nella legislazione processuale, quasi per operare dagli spalti avanzati della procedura un tiro indiretto sulla sostanza giuridica della proprietà agraria.

In realtà la legislazione agraria attuale non contiene (né le riforme prevedono) alcuna disposizione volta a mantenere *contro la volontà del proprietario* l'integrità dell'azienda agraria come organizzazione in esercizio (sull'art. 265 del progetto del libro III del nuovo codice civile che introduce in materia di divisione il principio della *indivisibilità dell'azienda*, avremo occasione di fermarci più

---

(6) Tra le prime, cfr. il parere della Corte di cassazione, in *Osservazioni e proposte*, cit., vol. III, pag. 467 e segg.; tra le seconde, cfr. SERPIERI, scritto cit., pag. 370, nota. Cfr. anche la relazione sul Progetto SOLMI, presentata dalla Facoltà giuridica fiorentina (rel. CALAMANDREI), n. 36, in *Studi*, vol. IV, pag. 103 e segg.

avanti, n. 9). Né esistono per ora, né si preannunciano, nel nostro diritto positivo, disposizioni, sul tipo di quelle contenute nel r. decr. legge 17 luglio 1937 per le aziende di credito, che assoggettino la vita delle aziende agrarie a un controllo dello Stato così penetrante da togliere *al proprietario* il potere di disporre del proprio fondo, o che addirittura tendano ad avvicinare il regime delle aziende agrarie alla disciplina pubblicistica delle aziende minerarie. La proprietà agraria comprende anche oggi, fino a nuovo ordine, il potere di alienare il fondo, o di darlo in affitto, o di frazionarlo per far due poderi al posto di uno, o anche di disperdere tra compratori diversi gli appezzamenti di uno stesso podere, e perfino di alienare, per far danaro da sperperare, le scorte e il bestiame da lavoro; e allora, se il proprietario è libero di trasformare a suo arbitrio (e magari di rovinare) l'organizzazione agraria che è in atto nelle sue terre, come si potrebbe coerentemente imporre al creditore di rispettare in sede esecutiva l'integrità di quella azienda che il debitore ha il potere di disgregare a suo piacimento, e considerare come oggetto indivisibile di alienazione giudiziale quella stessa entità economica che, secondo il diritto sostanziale, può essere liberamente frazionata attraverso ripetute alienazioni volontarie?

Questa è, secondo noi, l'obiezione più grave che può esser fatta alla « espropriazione di aziende » proposta dal Progetto Solmi: nel quale sembra illogico non solo che la difesa dell'azienda agraria contro il pericolo dell'espropriazione frazionata sia limitata al solo caso in cui l'azienda sia esercitata da un conduttore, senza considerare i casi, praticamente più importanti, in cui sia esercitata dallo stesso proprietario o da un usufruttuario; ma, soprattutto, che l'integrità funzionale del meccanismo aziendale agrario sia presa in considerazione soltanto al momento dell'esecuzione forzata, senza considerare che prima di questo momento il proprietario è libero di smontare pezzo per pezzo questo meccanismo e che la legge sostanziale lo autorizza a far scappare i buoi (è proprio il caso di dirlo) prima che la stalla vuota si chiuda in faccia al creditore espropriante!

D'altra parte, sempre tenendo presente questa necessaria correlazione tra diritto sostanziale e processo, non si capisce come si possa in sede esecutiva, attraverso quella espropriazione dell'azienda locata, che è in sostanza nient'altro che la cessione coattiva del contratto di locazione, mantenere in vita, senza la volontà degli originarî contraenti, quel vincolo contrattuale che secondo il diritto sostanziale la volontà dei contraenti potrebbe sempre consensualmente risolvere; né come si possa imporre al proprietario del fondo locato di riconoscere come conduttore il deliberatario, quando per consuetudine generale agli affitti agrari è connaturata la clausola che vieta il subaffitto, e quindi

la sostituzione di un nuovo affittuario al posto di quello originario non potrebbe secondo il diritto sostanziale (né può quindi secondo il diritto processuale) essere operata senza la volontà del locatore (7).

6. — Il diritto sostanziale offre invece al procedurista qualche maggior appiglio per introdurre nella disciplina dell'esecuzione forzata disposizioni volte a impedire il frazionamento del fondo, *concepito come immobile*, in più lotti che non appaiano idonei alla razionale coltivazione.

Dobbiamo osservare, a questo proposito, che il meccanismo tecnico atto a introdurre nella procedura esecutiva cosiffatte provvidenze esiste già, in embrione, nelle leggi vigenti: anche oggi nel processo di espropriazione immobiliare, quando il creditore espropriante pretenda frazionare in lotti, per procedere a tante vendite giudiziali

---

(7) Questo punto ha dato luogo nel congresso a vivaci discussioni, in quanto si è sostenuto, specialmente dal prof. GERMANI, che, anche *in iure condito*, esisterebbe la possibilità dogmatica di espropriare coattivamente un contratto di affitto agrario, ponendo, *senza la volontà del locatore*, un nuovo affittuario (aggiudicatario) al posto di quello col quale il locatore ha in origine contrattato. Tali obiezioni però, quantunque valorosamente e autorevolmente sostenute, non mi hanno convinto. La cosiddetta « espropriazione di aziende agrarie » sarebbe, secondo il progetto preliminare SOLMI, riservata ai casi in cui, essendo il fondo agrario dato in affitto, l'espropriazione fosse promossa *contro il conduttore*, a iniziativa dei *suoi* creditori. Per il principio fondamentale secondo il quale il debitore risponde verso i suoi creditori *con tutti i suoi beni*, la cosiddetta « espropriazione di azienda agraria » contro il conduttore è concepibile solamente se ciò che si espropria possa considerare come *un bene del conduttore*; ma il conduttore, in quanto tale, non ha, sull'azienda agraria da lui tenuta in affitto, altri diritti che quelli (personali) che gli derivano dal contratto di locazione: sicché la cosiddetta espropriazione di azienda si riduce necessariamente, in questo caso, alla espropriazione dei diritti personali derivanti al conduttore dal contratto di locazione, i quali diritti si possono considerare (essi soli, e non l'azienda) come *beni appartenenti a lui, debitore*. Tra questi diritti vi è quello di subaffittare senza consenso del locatore? Se si risponde di no (cfr. DE FEO, *Per una teoria del contratto agrario*, Roma, 1938, pag. 247, pag. 310 e segg.), sembra evidente che non si possa in sede esecutiva *espropriare contro il conduttore un diritto che egli non ha*, quale sarebbe quello di trasmettere ad altri, senza il consenso del locatore, la sua posizione giuridica di affittuario. Dato che il potere di sostituire il conduttore rimane di regola riservato, nonostante il contratto di affitto, nel locatore, l'espropriazione, quantunque apparentemente diretta contro il conduttore, verrebbe qui in realtà a colpire un diritto che è del locatore, cioè a colpire un bene che non è del debitore. Non si nega che *in iure condendo* si possa introdurre una norma la quale anche in casi siffatti permetta nell'interesse pubblico la sostituzione coattiva, anche senza la volontà del locatore, di un affittuario ad un altro; ma in tal caso si uscirebbe dal campo della espropriazione *processuale contro il debitore*, e si entrerebbe caso mai nel campo della espropriazione *per pubblica utilità*.

separate, un immobile che non possa « comodamente » dividersi, potranno sorgere opposizioni contro tale frazionamento e potrà accadere che il tribunale, riconosciuta l'opportunità di evitare un frazionamento antieconomico, vieti la divisione in lotti: e questo, come può avvenire per un immobile urbano (per es. per un palazzo costituente una unità artistica inscindibile) può avvenire per un fondo rustico, del quale possa sembrare opportuno rispettare la inscindibilità agraria.

Non sarebbe dunque difficile introdurre nel nuovo codice processuale disposizioni più precise che facessero obbligo all'organo esecutivo di rispettare in ogni caso l'integrità dei fondi soggetti a espropriazione e di vietarne il frazionamento in lotti in ogni caso, o per lo meno in quei casi in cui il frazionamento potesse scendere al di sotto della « minima unità culturale ». Senonché, quando ogni espropriazione su terreni coltivati venisse in questo modo a porre necessariamente all'organo esecutivo, indipendentemente da ogni richiesta di privati interessi, il problema della opportunità economica del frazionamento in lotti, ogni processo esecutivo verrebbe a complicarsi con una indagine preliminare di tecnica agraria, che potrebbe offrire al debitore di mala fede una ottima occasione per mandare in lungo la procedura, frustrando così quei propositi di energia e celere tutela del creditore ai quali, secondo la relazione Solmi, dovrebbe essere inspirato il nuovo procedimento esecutivo.

Per evitare queste complicazioni, che significherebbero necessariamente rallentamento e indebolimento della tutela esecutiva, si potrebbero immaginare due possibili vie, che espongo non come proposte, ma unicamente come posizione di problemi pratici. Una presupporrebbe già attuato un sistema di pubblicità dei fondi agrarî, che potrebbe consistere in un registro provinciale in cui tutti i fondi agrarî fossero obbligatoriamente iscritti: in tal caso si dovrebbe prescrivere al giudice all'esecuzione (in aggiunta all'art. 409 del progetto preliminare) che nell'ordinanza di vendita il fondo agrario iscritto sul registro fosse considerato in ogni caso come costituente un solo lotto, a meno che la possibilità di dividerlo senza danno dell'agricoltura fosse attestata dal certificato di un organo corporativo competente.

L'altra via più semplice (che peraltro conserverebbe in gran parte l'inconveniente di lasciare all'organo esecutivo il peso di una indagine tecnica che intralcerebbe la speditezza dei suoi movimenti) consisterebbe nell'affidare all'organo dell'esecuzione il potere di valutare caso per caso, secondo i criterî suoi proprî, se il fondo soggetto a espropriazione fosse divisibile o no, e quindi se potesse esser venduto in uno o più lotti; attribuendo però al competente organo corporativo (che dovrebbe, a cura del creditore procedente, essere informato dell'inizio di ogni espropriazione agraria) la funzione suppletiva di

intervenire nel processo esecutivo per opporsi allo smembramento del fondo in più di un lotto, ove questo apparisse pregiudizievole all'interesse dell'agricoltura.

Ma forse anche qui, se insistesse in questi particolari, il processualista correrebbe troppo: perché anche in queste cautele, che potrebbe essere opportuno introdure nel processo esecutivo per evitare la « polverizzazione » dei fondi, è indispensabile aver fisso lo sguardo sulle disposizioni introdotte a tale scopo nelle leggi di diritto sostanziale, e mantenere la riforma processuale fedele alle stesse direttive. Ora è noto che, secondo il Progetto del nuovo Codice civile, il pericolo dell'eccessivo frazionamento dei fondi agrarî è stato preso in considerazione sotto due diversi profili: nel libro II, sotto il profilo della proprietà, là dove, sotto il titolo *minima unità culturale* è stato disposto (art. 30) che « la pubblica autorità può, nell'interesse dell'agricoltura e dell'economia nazionale, vietare che un fondo soggetto a cultura o suscettibile di coltivazione e già ridotto ad una estensione pari o prossima alla minima unità culturale venga ulteriormente frazionato in guisa da rendere impossibile la razionale cultura di una delle varie parti risultanti dal frazionamento. Il modo e i limiti di esercizio di tale facoltà sono stabiliti da leggi speciali » [cfr. ora art. 846 e segg. Cod. civ.]; e nel libro III, sotto il profilo della formazione delle quote nella divisione, là dove (art. 264: cfr. art. 258) è stato stabilito assai più genericamente che « nel formare le porzioni si deve evitare di frazionare i fabbricati e i fondi rustici in modo da recar pregiudizio alle ragioni della pubblica economia e dell'igiene » [cfr. ora, art. 720 Cod. civ.]. Forse questa seconda disposizione potrebbe essere senz'altro trasferita nel nuovo Codice di procedura civile, come direttiva di cui l'organo esecutivo dovesse discrezionalmente tener conto al momento della formazione dei lotti: ma più in là, nel senso di vietare *in ogni caso*, in sede esecutiva, il frazionamento in lotti dei fondi agrarî, credo che non si potrebbe andare, per la solita semplicissima ragione che non essendo vietato tale frazionamento al proprietario dal diritto sostanziale, non sembrerebbe logico vietarlo al creditore che in sede esecutiva espropria i diritti del suo debitore. In un solo caso il frazionamento in lotti del fondo agrario potrebbe essere logicamente vietato in sede esecutiva, quando cioè, nella ipotesi prevista dal sopra riferito art. 30 del libro II, la « pubblica autorità » si fosse già valsa del potere, che questo articolo prevede, di vietare in concreto l'ulteriore frazionamento di un determinato fondo al disotto della « minima unità culturale », nei limiti tecnicamente da essa stabiliti; in questa ipotesi, il divieto posto dalla pubblica autorità nei confronti del proprietario, dovrebbe automaticamente, come neces-

saria proiezione della norma sostanziale nel campo processuale, valere anche in sede esecutiva nei confronti del creditore espropriante.

7. — Con analoga aderenza alle norme, molto prudenti e tradizionaliste, del diritto sostanziale, deve essere considerato in sede esecutiva un altro aspetto del complesso problema della tutela della unità agraria: non più della unità considerata in senso orizzontale, cioè nel senso della estensione immobiliare del fondo, ma della unità considerata in senso verticale, cioè in relazione a quel complesso di cose mobili, strumenti da lavoro animati o inanimati e materie prime o ausiliarie (8), che si trovano posti sul fondo per i bisogni della coltivazione.

Anche qui, se si volesse risolvere il problema in senso integralistico, e impedire in ogni caso che avvenisse il deprecato « smembramento » tra l'elemento immobiliare e l'elemento mobiliare dell'azienda, si dovrebbe semplicemente vietare *in ogni caso* l'espropriazione separata delle cose poste a corredo del fondo, e considerare inderogabilmente l'azienda agraria come una entità giuridica non frazionabile, dalla quale non fosse lecito neanche in sede esecutiva separare né una zolla né un filo d'erba: colla conseguenza che, per far valere in sede esecutiva un credito di poche centinaia di lire contro l'esercente di una azienda agraria del valore di qualche milione, non dovrebbe esser lecito pignorare a tale scopo la pecora isolata o il sacco di grano, ma si dovrebbe addirittura promuovere l'espropriazione di tutta l'azienda presa in blocco, provocando così nella vita della medesima un turbamento incomparabilmente più vasto e più pernicioso di quello che si avrebbe col separare una pecora dal gregge o un sacco di grano dalla raccolta. Basta questa osservazione a far intendere l'assurdità di una norma assoluta che vietasse in ogni caso l'esecuzione separata delle cose mobili che corredano il fondo. Ma in realtà questo argomento del regime giuridico delle pertinenze mobiliari del fondo è assai più complicato di quanto si potrebbe credere a prima vista: non solo perché l'abbandonare ad espropriazione separata una parte delle cose mobili che corredano il fondo può essere in certi casi, come il getto di una parte del carico può salvare la nave, il mezzo più economico per evitare l'espropriazione di tutta l'azienda: ma anche perché col dare a certi creditori la possibilità di procedere esecutivamente su determinati mobili senza il pericolo di dover promuovere la macchinosa espropriazione di tutta l'azienda (come oggi avviene per i privilegi riservati al credito agrario) si favorisce l'investimento dei

---

(8) SERPIERI, scritto cit., pag. 372.

capitali nell'agricoltura, e in questo modo indirettamente ma sicuramente si giova all'incremento della produzione agraria. Qui, come si vede, il regolamento dell'esecuzione forzata sui mobili corredanti il fondo non è che un aspetto di più vasti problemi politico-economici, dalla soluzione dei quali il processualista deve attendere il suo primo orientamento. Ma anche sotto l'aspetto strettamente giuridico una serie di complicazioni e di dubbî possono derivare dal fatto che non sempre la proprietà delle cose mobili poste a corredo del fondo appartiene alla stessa persona che ha la proprietà del terreno coltivato: o perché l'esercente dell'azienda, che sia anche il proprietario del terreno, si serva per la coltivazione del medesimo di strumenti presi in affitto da altri, o perché lo stesso fondo sia coltivato in regime di affitto, e gli strumenti di cui l'affittuario si serve per coltivarlo siano in parte suoi ed in parte del proprietario del terreno. In casi cosiffatti il vincolo funzionale che lega al fondo le cose mobili adibite alla sua coltivazione dovrà considerarsi talmente energico da prevalere sui singoli diritti che investono le stesse cose isolatamente considerate? Nella espropriazione immobiliare, promossa dal creditore del proprietario dei terreni, dovranno inesorabilmente esser travolti anche i mobili non appartenenti al debitore, solo perché questi mobili, non di sua proprietà, sono adibiti a coltivare il suo fondo? E viceversa, quando nella coltivazione di un fondo sono impiegate cose appartenenti a persona diversa dal proprietario del terreno, dovrà esser vietato al creditore particolare di questa persona di pignorare le cose appartenenti al suo debitore, o addirittura gli si vorrà imporre di promuovere l'espropriazione contro il proprietario del fondo, che non è suo debitore, e di estenderla a tutta l'azienda, solo perché questa è corredata da alcune cose appartenenti al suo debitore?

Certo è che dal punto di vista della tecnica legislativa la via più semplice per evitare l'espropriazione separata delle cose mobili che corredano il fondo sarebbe quella di operare, nel campo del diritto sostanziale, un allargamento del concetto di pertinenza, che permettesse poi, nel campo processuale, un allargamento corrispondente di quella impignorabilità separata dei mobili adibiti alla coltivazione di un fondo, che già trovasi parzialmente riconosciuta nel diritto vigente per il combinato disposto degli artt. 413 Cod. civ. e 586, n. 1 Cod. proc. civ. Già è stato osservato che l'art. 444 del progetto Solmi, che nei confronti del vigente art. 586 costituisce piuttosto un'attenuazione che un rafforzamento del divieto di pignoramento separato delle pertinenze fondiarie, potrebbe essere notevolmente ritoccato nel senso di renderlo più rigoroso; ma, anche qui, la *sedes materiae* per operare tale rafforzamento non è tanto la legge processuale, quanto la legge sostanziale. E non sembra che la norma proposta dall'art. 9 del lib. II

del nuovo Codice civile sulle pertinenze (la quale, basando il vincolo di pertinenza sulla permanente destinazione economica di una cosa al servizio di un'altra, ha tuttavia fatto dipendere la costituzione o la continuazione di tale vincolo dalla volontà del proprietario, e non ha escluso che la pertinenza possa essere oggetto di separati rapporti giuridici) si presti a introdurre nel diritto processuale il divieto di separata esecuzione sulle pertinenze con quella rigorosa assolutezza che si dovrebbe logicamente esigere quando si volesse a tutti i costi difendere, indipendentemente da ogni volontà privata, l'integrità dell'organizzazione aziendale: fino al punto di togliere al proprietario il potere di consentire l'esecuzione separata delle pertinenze del suo fondo, e di legare inesorabilmente in sede esecutiva le sorti delle pertinenze a quelle del terreno, quand'anche la proprietà delle pertinenze che corredano il fondo appartenesse a persona diversa dal proprietario di questo (9).

8. — Unanimi consensi ha raccolto la proposta contenuta negli artt. 509-513 del progetto Solmi, di introdurre come forma generale di esecuzione forzata la « amministrazione giudiziale » del fondo, la quale, piuttosto che nella forma oggi applicata a favore degli Istituti di credito fondiario (art. 41 t. u. 16 luglio 1905, n. 646), della cosiddetta *anticresi forzata* (o *usufrutto forzato*) consistente nella coattiva *missio in bona* di un creditore privilegiato che amministra il fondo e ne fa sue le rendite fino a estinzione nel suo credito, è stata modellata nel progetto Solmi sul tipo della « amministrazione forzata » delle legislazioni germanica (§§ 866 e 869 *ZPO* e la legge speciale 24 marzo 1897, 20 maggio 1898) ed austriaca (§ 97 e segg. *EO*), in cui l'amministrazione è affidata a un ausiliario dell'organo esecutivo, il quale ripartisce poi fra tutti i creditori gli utili ricavati dalla sua gestione (10).

Le approvazioni di massima che il progetto Solmi ha raccolto su questa proposta sono state accompagnate da rilievi critici degni di attenta considerazione, in quanto indirizzati a rendere più compiuta ed efficace la struttura di questa nuova « amministrazione giudiziale », sopra tutto nel senso di farne francamente, anziché una fase episodica della espropriazione immobiliare, una forma di procedimento esecutivo di per sé stante, e nel senso di precisare la funzione dell'amministratore, il quale dovrebbe avere, insieme coi requisiti di sicura competenza tecnica, i poteri occorrenti non soltanto per conservare

---

(9) Su questi problemi cfr. ANDREOLI, *Le pertinenze* (Padova, 1936), specialmente nn. 260-270.

(10) Su queste differenti forme cfr. CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, 1936, n. 10, pag. 45 e segg.

il fondo, ma altresì per continuare ed eventualmente migliorarne le culture.

Ma, senza potere entrare qui nella indagine di questi particolari perfezionamenti tecnici, è certo che, nel suo concetto generale, questa « amministrazione giudiziale » che si vorrebbe introdurre per le aziende agrarie, non repugna in alcun modo alla concezione della proprietà agraria consacrata nelle leggi sostanziali in vigore o in preparazione: il potere di amministrare la propria azienda agraria spetta di regola al proprietario, come spetta a lui il potere di alienarla con atti di disposizione volontaria; ma come nella vendita giudiziale lo Stato si sostituisce al proprietario nell'esercitare quel potere di alienazione che normalmente secondo il diritto sostanziale competerebbe a lui solo sui proprî beni, così con questa amministrazione giudiziale lo Stato si sostituisce al proprietario nel potere di amministrare, che costituisce uno degli aspetti del diritto di proprietà: questa « amministrazione giudiziale », lungi dall'apparire una innovazione rivoluzionaria, non è dunque che il logico sviluppo dei principî su cui si basa il vigente sistema della esecuzione processuale.

Piuttosto, prima di mettere in vigore questa nuova forma di esecuzione forzata, attraverso la quale lo Stato opererebbe nella sfera giuridica del debitore una invasione meno profonda e meno definitiva di quella che oggi vi opera attraverso la espropriazione, bisognerà chiaramente stabilire quali siano i casi in cui a questa forma di esecuzione attenuata il creditore *possa* o *debba* far ricorso; da una parte infatti si dovrà imporre al creditore di ricorrere a questa forma di esecuzione quando l'ammontare del suo credito sia tale da far ritenere che esso possa ricevere *sollecita sodisfazione* attraverso l'amministrazione giudiziale, senza bisogno di arrivare all'espropriazione dell'azienda; dall'altro si dovrà vietargli di ricorrervi quando sia viceversa presumibile che per arrivare alla sodisfazione del credito l'amministrazione giudiziale dovrebbe protrarsi per un troppo lungo periodo. Non si deve infatti dimenticare che l'amministrazione giudiziale rappresenterebbe in ogni caso per l'azienda agraria una situazione patologica, che sarebbe antieconomico lasciar diventare cronica.

9. — Alla fine di questa rassegna, mi pare di poter concludere che, fino a quando la proprietà agraria sarà disciplinata nel diritto sostanziale da quelle norme, a contenuto prevalentemente privatistico, che oggi sono in vigore o che sono in preparazione nei progetti di riforma già presentati, l'integrità dell'azienda agraria non potrà essere tutelata in sede processuale contro i pericoli di disgregazione insiti nell'esecuzione forzata, in misura più energica di quanto il diritto

privato la tuteli contro i pericoli analoghi insiti nei poteri di disposizione del proprietario.

Ma qui forse ci sarebbe da risolvere un altro grave problema di carattere politico-economico, che troppo esorbiterebbe dai confini di questa mia indagine: se proprio metta conto escogitare cautele processuali per evitare che l'esecuzione forzata comprometta la integrità della azienda agraria, quando la necessità di ricorrere all'esecuzione forzata può essere un sintomo rivelatore del disagio in cui si trova l'azienda e quindi dello stato di disgregazione economica al quale essa è ormai giunta indipendentemente dalla esecuzione. Parrebbe allora che il problema dell'esecuzione forzata sulle aziende agrarie potesse essere posto francamente in forma di dilemma: l'azienda agraria è florida e redditizia, e quindi essa si presenta come un organismo vitale che nell'interesse della produzione nazionale è bene conservare in vita, e in questo caso, appunto perché l'azienda è attiva, non vi saranno creditori insodisfatti, né quindi la possibilità di procedimenti esecutivi che ne mettano in pericolo l'integrità; oppure l'azienda agraria è in dissesto, e tale che i suoi redditi non bastano a far fronte alle passività, e allora non si capisce perché si debba evitare che l'esecuzione forzata venga a dare il colpo di grazia a un organismo al quale mancano ormai gli elementi indispensabili per continuare a vivere con profitto. Questo dilemma, a guardar bene, è il fondamento politico-economico della procedura fallimentare: la quale, lungi dall'esser orientata al salvataggio a qualunque costo delle aziende commerciali pericolanti, mira ad operare tra esse una specie di selezione, e ad eliminare senza pietà, attraverso la liquidazione che vuol dir disgregazione degli elementi componenti, quegli organismi il cui dissesto appaia come un sintomo di scarsa vitalità. È stato ripetutamente affermato, specialmente in questi ultimi anni, che l'istituto fallimentare può svolgere nell'interesse dell'economia nazionale un'opera di vero risanamento, in quanto con un intervento energico abbrevia l'esistenza delle aziende malate, e impedisce così che esse trasmettano ad altre aziende il loro contagio. Vi sono davvero ragioni perentorie per ritenere che questo stesso interesse pubblico alla eliminazione delle aziende non vitali perda ogni rilevanza di fronte alle aziende agrarie?

L'art. 265 del progetto definitivo del libro III del Codice civile stabilisce che nelle divisioni ereditarie il principio della « indivisibilità della azienda » sia rispettato, coll'attribuzione di essa ad un solo coerede, « quando dell'eredità faccia parte un'azienda agricola industriale o commerciale formante un'entità economica indivisibile ». *Il progetto pone dunque sullo stesso piano l'azienda agricola e la azienda commerciale*: e ritiene che l'interesse pubblico a mantenere

in vita e a non disgregare l'organizzazione avviata sussista per qualsiasi azienda, anche se questa non abbia alcuna attinenza colla produzione agraria. La tutela dell'integrità dell'azienda è dunque qui suggerita non da considerazioni attinenti alla speciale importanza della industria agricola, ma in generale dalla opportunità economica di rispettare ogni impresa già « avviata », e di non sprecare quello sforzo di intelligenza e di lavoro umano che occorre per creare e mettere in moto un organismo produttivo vivo e vitale.

Ma evidentemente questo rispetto dell'indivisibilità dell'azienda, che è consentito nell'art. 265 del progetto, si riferisce alle aziende sane, non alle aziende dissestate: nessuno vorrebbe sostenere che, in forza di questo articolo, si miri ad introdurre nella nostra legislazione il principio che l'azienda commerciale debba esser mantenuta integra anche quando è in dissesto, in onta al principio, che sta alla base del fallimento, secondo il quale l'azienda commerciale dissestata dev'essere liquidata, che vuol dire distrutta. E allora, se il principio dell'indivisibilità delle aziende non vale per le aziende commerciali dissestate, perché mai esso dovrebbe valere, quando l'azienda dissestata sia, invece che un'azienda commerciale, un'azienda agricola?

La risposta è che per l'azienda agricola vengono in campo altre considerazioni, attinenti al pericolo che la disgregazione dell'azienda comprometta la continuità delle coltivazioni, o porti a frazionamenti del terreno inconciliabili colle esigenze di una razionale cultura; il terreno coltivabile è per natura *limitato*, e se nessun danno alla fin dei conti può derivare alla produzione nazionale dal venir meno di una azienda commerciale al posto della quale potranno sorgerne altre dieci, la produzione nazionale è senz'altro diminuita dal fermarsi di un'azienda agraria, se ciò significa fermarsi della coltivazione su quel terreno. Ma per ovviare a tali pericoli non gioverebbe, mi pare, sforzarsi a salvare a tutti i costi l'integrità dell'azienda agraria così come si trova di fatto organizzata, anche se per avventura essa sia costituita in modo contrastante colle regole della tecnica e della economia; ciò che si tratta di salvare non è l'integrità della *organizzazione*, ma sopra tutto l'integrità *del fondo inteso come terreno coltivato o coltivabile* sul quale, anche se l'esecuzione forzata avrà disgregato l'azienda dissestata che il debitore vi aveva costituito, l'acquirente ricostituirà immediatamente e naturalmente (poiché i terreni coltivati si acquistano per coltivarli) una nuova organizzazione produttiva, forse migliore della precedente. Che se poi l'acquirente non ve la ricostituisce, contro questa sua inerzia si potrebbe efficacemente reagire solamente in un momento successivo all'esaurimento dell'esecuzione, e solamente in quanto vi fossero *nel diritto sostanziale* norme che controllassero e disciplinassero l'esercizio della proprietà

agraria, imponendo in ogni caso al titolare, indipendentemente dall'episodio necessariamente transeunte dell'espropriazione, la buona coltivazione dei fondi.

La conclusione finale che da tali considerazioni può trarre il processualista, sembra dunque essere questa: che le limitazioni da porsi nella disciplina del processo esecutivo allo scopo di evitare che una esecuzione sregolata pregiudichi i superiori interessi della produzione agricola, riusciranno più agevoli e più efficaci se, invece che a difesa della azienda agraria intesa come organizzazione in esercizio, saranno tecnicamente preordinate alla difesa del fondo inteso come terreno atto alla coltivazione. Questo, ben s'intende, fino a che nelle leggi sostanziali, e specialmente nella « legge organica » di cui qui si gettano le basi, non si ritenga opportuno di accogliere quella disciplina integralista dell'azienda agraria, che nel diritto civile vigente non è, per ora, che in germe.

XX

COMPENSAZIONE IN SEDE ESECUTIVA PER CREDITO ANTERIORE AL GIUDICATO (*)

La Corte suprema, pur genericamente riconoscendo che la legge processuale mira a dare alle controversie d'esecuzione « un andamento « più semplice e svelto di quello proprio dei giudizi ordinari di « cognizione », e che questa tendenza generica porta a far ritenere inammissibili, in sede di opposizione all'esecuzione, tutte le eccezioni che non siano di pronta soluzione (cfr. MATTIROLO, *Trattato*, vol. V, n. 280; Cass., 6 luglio 1927, in *Rep. Foro ital.*, 1927, v. *Esecuzione*, n. 63), ha tuttavia giudicato che anche in sede esecutiva possa essere opposta, quando sia di facile e pronta indagine, la compensazione giudiziale, secondo la vecchia regola *exceptio compensationis potest opponi in executione sententiae* (cfr. CUTURI, *Trattato delle compensazioni*, n. 164, pagg. 303-304); ritenendo così che questa eccezione sia ammissibile nei giudizi esecutivi alle stesse condizioni (e non a condizioni *più rigorose*) che la giurisprudenza ha posto per i giudizi di cognizione ordinaria, nei quali per massima costante la compensazione giudiziale si ammette solo quando la prova e la liquidazione del credito opposto si presentino di facile e rapida soluzione (Cass., 28 gennaio 1937, in *Rep. Foro ital.*, 1937, v. *Compensazione*, n. 10 ecc.).

Tuttavia, dopo avere stabilito, agli effetti della ammissibilità della compensazione giudiziale, questa equiparazione tra i giudizi esecutivi e i giudizi ordinari, il supremo collegio, accogliendo la tesi del ricorrente, ha insegnato che in sede di opposizione alla esecuzione la compensazione giudiziale non sia ammissibile (*anche se di pronta soluzione*), tutte le volte in cui il fatto costitutivo del credito opposto in compensazione sia cronologicamente anteriore alla formazione (giudiziale) del titolo esecutivo, in modo che nel processo di cognizione, in cui quel titolo esecutivo è stato costruito, vi sia stata la possibilità

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XVII, 1940, P. II, pagg. 3-7; ristampato in *Studi*, V, pagg. 225-228]. [*Bibliografia*, n. 242].

cronologica di proporre per quel credito la eccezione di compensazione. Se tale eccezione non è stata sollevata quando il convenuto sarebbe stato in tempo, per impedire la pronuncia e il passaggio in giudicato della sentenza di condanna a suo carico, il rispetto del giudicato e il principio che questo copre il dedotto e il deducibile impedisce al condannato di sollevare, in sede di opposizione alla esecuzione, quella eccezione di compensazione che avrebbe potuto utilmente sollevare in sede di cognizione: solo se si trattasse di un credito sorto *posteriormente* al titolo esecutivo, potrebbe per la prima volta sollevarsi in sede di opposizione alla esecuzione quella eccezione che nel giudizio di cognizione non fu dedotta *perché non era deducibile.*

Questa distinzione fatta dal supremo collegio agli effetti della compensazione, tra crediti sorti anteriormente al giudicato e crediti sorti in un momento successivo, è degna di essere posta in evidenza: non solo perché essa non era mai stata formulata con tanta precisione nella giurisprudenza del supremo collegio prima della sentenza qui annotata, e di quella del 16 marzo 1937 (in *Rep. Foro ital.*, 1937, v. *Esecuzione*, n. 97), che vi si trova richiamata; ma anche perché essa è una ulteriore dimostrazione di quella incessante permeazione dell'insegnamento chiovendiano nella prassi giudiziaria, la quale, come altra volta ho osservato (1), continua, anche dopo la scomparsa terrena del Maestro, a cercare nel pensiero di lui guida e alimento.

La motivazione della sentenza qui annotata si inspira alla dottrina di Giuseppe Chiovenda non solo per quello che attiene alle nozioni generali del giudicato e dei suoi limiti, ma anche per la giustificazione della soluzione specifica. Si legge nei *Principii*, pag. 227, a proposito dei motivi di opposizione all'esecuzione forzata: « S'intende in ogni « caso (quando sia da eseguire una *sentenza*) che deve trattarsi di « un fatto estintivo o impeditivo sopraggiunto *dopo* la sentenza, perché « il far valere di fronte alla domanda esecutiva fatti estintivi anteriori « alla sentenza, equivarrebbe a negare la volontà della legge accertata « come esistente in questa, e a impedire il conseguimento del bene « che secondo questa è dovuto: ciò è escluso dalla cosa giudicata. « È grave questione se alla domanda esecutiva possa opporsi l'ec- « cezione di compensazione fondata su credito anteriore alla sentenza: « ma se l'eccezione di compensazione consiste nel potere d'operare « l'estinzione del credito dell'attore con effetto dal giorno della con- « temporanea esistenza dei due crediti, l'esercizio di questo potere « è escluso dalla cosa giudicata secondo cui al momento della sentenza « esiste una volontà di legge che garantisce all'attore il credito ».

---

(1) Cfr. *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, pagg. 56-57.

È evidente che, se fosse lecito eccepire in sede esecutiva la compensazione per un *credito sorto anteriormente al formarsi del giudicato*, non vi sarebbe ragione per non riprendere in esame in quella sede tutti i possibili fatti estintivi del credito consacrato nel giudicato, anche se sussistenti in momento anteriore al formarsi del giudicato medesimo; la irrevocabilità del giudicato verrebbe in questo modo praticamente distrutta, e sarebbe sempre lecito al debitore rinnovare senza limiti il dibattito, suscitando nuove eccezioni non sollevate in sede di cognizione. Ad evitare questo gravissimo inconveniente serve appunto la regola secondo la quale il giudicato assorbe e preclude non soltanto le eccezioni che furon dedotte, ma anche quelle che *avrebbero potuto esser dedotte perché basate su fatti giuridici già avvenuti prima del giudicato.* Se questa regola deve aver vigore, non sembra dubitabile che l'eccezione di compensazione, qualora sia basata su credito anteriore al giudicato, debba, come tutte le altre eccezioni, considerarsi definitivamente preclusa in sede di opposizione: il che deve valere, s'intende, non solo per la compensazione *giudiziale* di un controcredito non ancor liquidato (della quale si discuteva nella fattispecie), *ma altresì per la compensazione legale di un controcredito già liquido ed esigibile prima del giudicato.*

Questo non toglie, s'intende, che il debitore possa a sua volta far valere *in via di azione ed in separato giudizio di cognizione* il credito che non è più idoneo ad esser fatto valere *ope exceptionis*; ma intanto, in sede esecutiva, il giudicato non potrà esser paralizzato colla eccezione di compensazione, ed, ove questa venga proposta, il giudice della esecuzione dovrà dichiararla improponibile in quella sede.

La giustificazione teorica di questa apparente contraddizione fra la sussistenza del credito e la sua inidoneità ad essere eccepito in compensazione (posto che la compensazione opera *ipso iure*, e non sembra facile spiegare come essa non debba operare tra il credito accertato nel titolo esecutivo e il controcredito vantato da colui contro il quale si dirige la esecuzione, specialmente se questo controcredito è liquido ed esigibile) è data dallo stesso Chiovenda, quando insegna (*Istituzioni*, 2ª ed., I, pag. 345) che « bene non è soltanto il credito, « ma è bene, cioè utilità, anche il diritto di servirsi del credito per « estinguere in via di compensazione il nostro debito ». Il giudicato che ha accertato il credito dell'attore senza tener conto, per mancanza di eccezione da parte del convenuto, del controcredito che costui avrebbe potuto opporre in compensazione, non ha negato la sussistenza di questo controcredito, ma ha negato implicitamente il diritto di servirsene ai fini della compensazione in quel processo, contro la pretesa fatta valere dall'attore e riconosciuta fondata da quel giudicato.

Non è che il giudicato abbia genericamente tolto al controcredito,

in urto col disposto dell'art. 1286, l'attitudine ad essere opposto in compensazione; il giudicato si è limitato a immunizzare la pretesa in esso accertata contro ogni eccezione dedotta e deducibile, e quindi anche contro l'eccezione di compensazione; ma il controcredito potrà ancora essere fatto valere non solo in via di azione indipendente, ma anche, s'intende, in via di compensazione contro qualsiasi altra pretesa dello stesso attore che non sia quella ormai messa al coperto dal giudicato.

In questo senso è da noi, accanto al CHIOVENDA, la più recente dottrina. Mi limito a ricordare l'opinione del LIEBMAN (2) e quella dello HEINITZ (3), che fa osservazioni degne di meditazione sul modo di metter d'accordo questa soluzione col principio di diritto sostanziale secondo cui la compensazione opera di diritto ed anche all'insaputa delle parti.

---

(2) *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, 2ª ed. (Roma, 1936), n. 122, pag. 227 e segg., ed ivi citata la dottrina e giurisprudenza anteriore.

(3) *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, pag. 232.

XXI

INTERVENTO DEL PRETESO ADULTERO IN CAUSA DI SEPARAZIONE PERSONALE (*)

È risaputo che la norma dell'art. 201 del vecchio codice, la quale ammette l'intervento in causa con una formula vaga e generica che ne lascia imprecisati i presupposti e indistinti i tipi, è stata chiarita attraverso l'applicazione giurisprudenziale di quasi un secolo, con resultati, conformi alla tradizione storica dell'istituto, che nessun pratico si sentirebbe disposto oggi a rinnegare: la distinzione dell'intervento volontario nelle due figure dell'intervento *principale* e dell'intervento *adesivo*, quantunque non scritta nella legge, è oggi, anche sotto l'impero del vecchio codice, acquisita per via di interpretazione al diritto positivo vigente; e il nuovo codice distinguendo questi due tipi di intervento nei due commi dell'art. 105, non ha fatto altro che tradurre in formula di legge una distinzione che era già, incontrastata, nella pratica.

Poniamo il problema nei termini in cui deve esser posto dinanzi ai giudici: il caso di intervento che qui si presenta, rientra tra quelli che la nostra legge, razionalmente e storicamente interpretata dalla giurisprudenza, ammette?

La difesa avversaria dice di sì: e il suo ragionamento arriva in conclusione a questo risultato. Si tratta, essa dice, di un caso di intervento *principale*, di quell'intervento che è regolato dal primo alinea (e non dal capoverso) dell'art. 105 del nuovo codice: l'interveniente qui fa valere un proprio diritto (il diritto allo *status illesae aestimationis*), il quale è minacciato dal giudizio pendente, in quanto si accerti in questo, come fondamento della separazione personale tra i coniugi, il fatto dell'adulterio.

Parrebbe dunque che l'assunto dell'interveniente si sia ormai fissato nell'escludere che qui si tratti di intervento adesivo. Qui l'interveniente « non si propone affatto di prender posizione circa l'esito

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XIX, 1942, P. II, pagg. 138-148; ristampato in *Studi*, V, pagg. 243-254]. [*Bibliografia*, n. 270].

« del giudizio di separazione *inter partes*. Che la separazione sia o « non sia pronunciata fra i coniugi per colpa o non per colpa, e che « sia regolata in un modo o nell'altro *fra di loro*, è cosa che a lui « interveniente legalmente non interessa e non importa né punto « né poco. E non è di quell'esito *inter partes* che egli intende occu- « parsi o preoccuparsi adducendo delle ragioni *pro vel contra* ».

Benissimo; più chiaramente di così non si sarebbe potuto esprimere quella che è la singolare ed insolita caratteristica di questo intervento: nel proporre il quale l'interveniente dichiara di *disinteressarsi completamente dell'esito del giudizio*, cioè del provvedimento che sarà emanato in concreto nella causa in cui egli interviene. Questa dichiarazione, così categorica, è stata fatta nella comparsa avversaria allo scopo di precisare che qui non siamo in presenza di un intervento *ad adiuvandum*; ma questa dichiarazione ha, a nostro avviso, un'importanza che va ben oltre il suo scopo: essa basta, secondo noi, a far intendere, *in base alle stesse parole della difesa avversaria*, che qui mancano non solo i requisiti di un intervento adesivo, ma anche, più in generale, quelli *di un qualsiasi intervento ammissibile*!

Cerchiamo di dimostrare le ragioni di questa nostra opinione.

Esattamente la comparsa avversaria osserva che, per escluder che il terzo abbia l'interesse richiesto per intervenire, non basta dire che egli, se non intervenisse, non sarebbe direttamente colpito dal giudicato *inter partes*. Se egli fosse direttamente colpito, non sarebbe più *un terzo*, ma sarebbe un contraddittore legittimo e necessario a pena di improcedibilità del giudizio; l'intervento è infatti una semplice *facoltà* che la legge concede al terzo al fine di prevenire il danno *riflesso ed indiretto* che potrebbe derivargli da un giudicato formatosi *inter alios* e al quale egli non è direttamente soggetto; « ma se il terzo non « può o non vuole intervenire, i suoi diritti rimangono impregiudicati, « sebbene possa esserne divenuta più difficile l'attuazione » (Chiovenda, *Istituzioni*, I, pag. 206).

Tutto questo sta benissimo. Ma, come è certo che l'intervento è un istituto posto a difesa del terzo che, se non intervenisse, non sarebbe *direttamente* colpito dal giudicato *inter partes*, così è certo che l'interesse che giustifica l'intervento del terzo è *in relazione cogli effetti riflessi e indiretti che il giudicato inter partes può, di diritto o di fatto, esercitare sul terzo*. L'intervento, in altre parole è un mezzo facoltativo dato al terzo per impedire il formarsi di *un giudicato* che, pur non avendo nei confronti di lui gli effetti immediati e diretti che la cosa giudicata ha *inter partes*, potrebbe avere di rimbalzo nei suoi confronti quelle conseguenze dannose che la dottrina e la giurisprudenza comprendono sotto la denominazione di effetti *indiretti* o *riflessi*

del giudicato. Tanto è vero che la dottrina più reputata studia l'intervento volontario come uno dei mezzi che la legge appresta per tutelare i terzi *contro il giudicato formatosi inter alios*: (« ... s'intende perché « la legge, con opportuni istituti abbia provveduto alla tutela dei terzi « riguardo ai giudizi fra altri, ancora pendenti o già definiti, quando « i terzi possano esserne pregiudicati: tali sono l'*intervento volontario* « *e l'opposizione del terzo* »; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, n. 136, pag. 384).

Tutto questo significa, dunque, che il pregiudizio che l'intervento mira a prevenire, e senza il quale non sorge l'interesse che giustifica l'intervento, deve necessariamente derivare *da un possibile giudicato*, cioè da quella parte della sentenza che passerà in giudicato; è dalla futura *decisione* del rapporto controverso *inter alios* che il terzo deve sentirsi minacciato: non già da quello che eventualmente possa essere detto o scritto di lui in un giudizio in cui egli non sia parte, ma da quello che in tale giudizio possa esser *deciso con forza di giudicato* « *inter partes* », cioè, *sul rapporto altrui.*

Queste sono nozioni istituzionali; e sarebbe indiscrezione insistervi. Orbene, è proprio al lume di questi principî elementari che sembrano significative e caratteristiche le dichiarazioni della comparsa avversaria: nella quale l'interveniente dichiara apertamente che l'esito della lite *inter partes* « non lo riguarda »: « che la separazione sia o non sia « pronunciata fra i coniugi per colpa o non per colpa, e che sia regolata « in un modo o nell'altro *fra di loro*, è cosa che a lui interveniente non « interessa e non importa né punto né poco... ». Ma allora vuol dire che dal *giudicato* che si formerà *inter partes* egli non ha niente da temere; che dalla decisione, qualunque essa sia, del rapporto altrui nessun pregiudizio può derivargli: ossia che gli manca per sua stessa confessione quell'*interesse a prevenire il formarsi di un giudicato*, senza il quale interesse l'intervento in causa non è ammissibile.

Qualunque sia la natura dell'intervento, principale o adesivo, è certo che lo scopo pratico per il quale l'interveniente entra in un giudizio pendente *inter alios* (e in vista del quale la legge lo ammette ad intervenirvi) è quello di adoprarsi, coi mezzi processuali a sua disposizione, per far sì che la decisione di quella controversia sia pronunciata *in un certo modo piuttosto che in un certo altro*; per influire praticamente, colla propria presenza, *sulla formazione di quel giudicato.* Ciò è evidente nell'intervento *ad adiuvandum*, in cui l'interveniente si adopra per sostenere le ragioni della parte adiuvata, e quindi per cooperare alla formazione di un giudicato che dia ragione ad essa e torto alla parte avversaria; ma è evidente anche più nell'intervento principale, nel quale, se il terzo si decide ad intervenire per far valere il suo diritto, è perché se non intervenisse si formerebbe *inter alios* un giudicato incompatibile col diritto medesimo, in modo

che egli ha interesse a intervenire per ottenere che il giudicato riconosca il *suo* diritto, ad esclusione del diritto vantato dalle due parti principali contrapposte (*ad excludendum iura utriusque competitoris*).

Ma nel nostro caso è lo stesso interveniente il quale dichiara che egli dal giudicato non ha niente né da temere né da sperare, che dal giudicato, comunque esso venga, nessun pregiudizio, sia pure indiretto o riflesso, può derivargli, e che di conseguenza egli interveniente, indifferente a quello che potrà essere il dispositivo di quella sentenza, non intende di esercitare alcun influsso, né in un senso né in un altro, sulla formazione di quel giudicato. E allora (gli si può dire) che ci viene a fare?

• • •

Ma la difesa avversaria si industria per far passare sotto la denominazione di « intervento principale » una figura di intervento che con quelle tradizionalmente ammesse non ha niente a che vedere: si tratterebbe infatti non di un intervento vòlto a prevenire il pregiudizio che deriverebbe all'interveniente dal formarsi di un certo giudicato *inter partes*, ma vòlto ad evitare (qualunque sia il giudicato) che in quel giudizio e in quella sentenza *si parli di lui* in modo pregiudizievole per il suo buon nome. A me — egli dice — non interessa quello che i giudici potranno decidere sulla separazione di quei coniugi, che riguarda loro e non me; ma interessa che in una sentenza, cioè nella *motivazione di una sentenza*, non siano contenuti apprezzamenti su di me che possano diminuire il mio buon nome. Dunque egli non considera qui la sentenza *come giudicato*, dal quale possano scaturire effetti riflessi a danno di lui terzo; ma la considera come documento che il pubblico può leggere, *come mezzo di informazione e di pubblicità che può diffondere tra i lettori la conoscenza di certi fatti o di certi apprezzamenti che riguardano lui terzo.*

La situazione che potrebbe dar luogo a questa forma di intervento anomalo si potrebbe presentare (lo riconosce la difesa avversaria) in « qualunque giudizio ». Ovunque, in un giudizio civile, venga ricordato nelle scritture di causa il nome di un terzo, come autore di fatti che abbiano rilevanza in quella causa, questo terzo avrebbe interesse (indipendentemente dall'esito della causa, e anche se egli non teme alcun pregiudizio dal giudicato che sta per formarsi) a intervenire in giudizio a tutela del suo buon nome: la semplice circostanza che di questo terzo si discuta in pubblica udienza e che sul suo operato possano esser contenuti apprezzamenti più o meno favorevoli in una scrittura defensionale della quale potrebbe poi passar qualche frase nella motivazione della sentenza, questo solo dovrebbe bastare a legittimare il suo intervento in causa.

Si comprende, senza bisogno di commenti, la grandissima estensione, e quindi la gravissima portata pratica che avrebbe, se ammissibile, una siffatta forma di intervento. Sono poche le cause civili in cui, nelle scritture defensionali, non accada di far menzione di persone che, sebbene estranee alla controversia, abbiano però avuto occasione di partecipare ai fatti da cui la contesa ha tratto origine, o di averne comunque conoscenza: avvocati che hanno difeso le parti in altre cause, o che hanno preso parte a trattative o a contrattazioni costituenti l'antefatto della causa; notari che hanno rogato contratti; mediatori che vi hanno assistito; e più, in generale, tutte le persone che, per la relazione storica che hanno avuto coi fatti, possono esserne testimoni in causa. Assai spesso avviene che, nelle scritture di causa, su questi terzi si facciano apprezzamenti non sempre favorevoli: si criticherà l'avvocato che non seppe prevedere e sventare un tranello; si deplorerà la negligenza del notaro che sbagliò nel riferire i numeri delle particelle; e sopra tutto (eventualità frequentissima in ogni giudizio) si metterà in evidenza la reticenza o il mendacio dei testimoni avversari. Ebbene, in tutti questi casi, di cui sarebbe facile continuare l'esemplificazione, si vorrà permettere al terzo di intervenire in causa al solo scopo di mettersi a discutere sulla esattezza degli apprezzamenti fatti su di lui a scopo defensionale?

La difesa avversaria sente da sé il peso pratico di questa obiezione e per pararla introduce una distinzione. Bisogna distinguere, essa dice, « secondo che la deduzione che tocca o coinvolge il terzo sia o non sia « (o meglio apparisca o non apparisca), in sé e per sé, concludente « per la decisione della causa *inter partes* ». Se già di per sé apparisca non concludente, allora il terzo avrà, nella querela penale per diffamazione o ingiuria, un mezzo sufficiente per difendersi senza bisogno di ricorrere all'intervento in causa; ma se la deduzione apparisca di per sé effettivamente concludente in causa, allora « par chiaro che « egli non può avere altra via aperta che quella di intervenire » allo scopo di impedire che il giudice si inganni nel valutare, in assenza di lui terzo, il fatto del medesimo terzo che appaia rilevante per la decisione della causa *inter alios*.

Dunque, se abbiamo ben capito, anche il testimone sarebbe legittimato a intervenire in causa per impedire che gli avvocati dicano male di lui e maltrattino la sua deposizione.

Immaginiamo che la decisione di una causa civile dipenda dall'accertamento di una circostanza decisiva; e che questa circostanza sia stata affermata da un solo testimone. Se il testimone è veritiero, la causa si deciderà in un senso; se è mendace, nel senso contrario. Evidentemente le deduzioni che uno dei difensori fa per dimostrare che quel testimone è mendace, e per illustrare i suoi precedenti per-

sonali che lo fanno ritenere poco attendibile, sono tipicamente « con- « cludenti per la decisione della causa *inter partes* »: e allora, in un caso come questo, si dovrebbe ammettere il testimone a intervenire personalmente in causa per polemizzare coll'avvocato che discute la sua deposizione, e per dimostrare che egli non è quel bugiardo che l'avvocato vorrebbe farlo apparire?

* * *

Basta l'assurdità di questa conseguenza, a cui porterebbe la teoria dell'avversario, per far intendere che l'*intervento in causa non è un istituto creato per dar modo al terzo di difendersi dalle deduzioni ingiuriose o diffamatorie che possano esser fatte contro di lui, per ragioni defensionali, in un giudizio « inter alios »*.

Che per difendersi contro tali ingiurie e diffamazioni esistano o non esistano *in iure condito* altri mezzi — questa è un'altra questione; ma intanto agli effetti della questione che si discute qui, ci basti aver affermato che l'intervento in causa, qual è configurato ed ammesso nel nostro diritto, è dato al terzo per impedire la formazione di un giudicato *inter alios* che potrebbe avere contro di lui effetti indiretti e riflessi, non per entrare a polemizzare sui fatti di causa in un giudizio *inter alios, all'esito del quale egli sia personalmente indifferente.*

Il caso che qui si discute, dunque, non è un caso che, sia pure con una configurazione un po' diversa da quelle consuete, si possa far rientrare negli schemi tradizionali dell'intervento ammesso dal nostro diritto: se l'intervento in causa è sempre dato al terzo allo scopo di prevenire gli effetti indiretti e riflessi che possano derivargli da un giudicato *inter alios* (e se quindi interesse a intervenire può esservi solo quando lo scopo dell'interveniente è quello di prevenire *tali effetti*) è evidente che qui si sarebbe fuori da tale terreno. L'intervento a cui nel nostro caso si pretenderebbe legittimato l'appellante, avrebbe di intervento soltanto il nome; ma *nella sostanza sarebbe un istituto ben diverso, che il nostro diritto non conosce.*

* * *

Né in senso contrario a queste nostre conclusioni, che ci sembrano in *iure condito* insuperabili, varrebbe obiettare che, secondo la giurisprudenza, anche un interesse *di mero fatto o riflesso*, ed anche un interesse di natura *morale* può bastare a legittimare l'intervento volontario in causa. Questo insegnamento è esatto: ma riguarda in ogni caso l'interesse, anche di mero fatto o morale, che il terzo può avere a prevenire gli effetti *del giudicato*. Questo è il punto! « È bensì vero

« — ha insegnato il supremo collegio colla sua decisione n. 2246, « 2 luglio 1937, 3ª sez., Chiappe c. Carloni — che per la legittimazione « all'intervento adesivo basta un interesse anche riflesso o indiretto, « come il supremo collegio ha reiteratamente affermato. Perché ciò si « verifichi è necessario che il terzo sia titolare di un rapporto giuridico « in qualche guisa connesso o subordinato a quello controverso, *in « modo che il giudicato che si formerà su questo si ripercuota, a ca- « gione della connessione, anche sul rapporto di cui il terzo è il ti- « tolare* ». Questo è in ogni caso lo scopo al quale deve essere riferito l'interesse ad intervenire: come si può dunque sul serio parlare di interesse a intervenire in un caso come il nostro, in cui lo stesso interveniente dichiara *di essere indifferente al giudicato, in quanto sa che il giudicato non potrà in nessun modo ripercuotersi, neanche con effetti indiretti e riflessi, sulla sua sfera giuridica*?

Istruttivo è a questo proposito il caso, che a prima vista potrebbe sembrare affine a quello qui discusso, del notaio di cui talvolta è stato ammesso l'intervento nella causa di falso concernente un atto da lui rogato. In questo caso l'interesse che legittima l'intervento è sempre un interesse diretto ad impedire il formarsi *di un giudicato sul falso*, e gli effetti pregiudicevoli che qui il notaro cerca di prevenire, sarebbero effetti, indiretti e riflessi, scaturenti *da un giudicato*, cioè da un *accertamento sul falso*. Esattissima è in proposito l'osservazione del Segni: « Può ammettersi l'intervento del notaio nelle controversie « sulla falsità di un atto da lui rogato, perché l'oggetto dell'accer- « tamento fra le parti principali è appunto (ed eccezionalmente) un « fatto, e cioè la *falsità del documento* ».

Ma nel nostro caso, invece, anche se si può ammettere che il terzo abbia un interesse morale a dimostrare che non sono veri i fatti attribuitigli, nessun pregiudizio, neanche indiretto o riflesso, egli può temere dal giudicato che si formerà *inter partes*, poiché l'azione di separazione non mira all'accertamento dell'adulterio, ma mira soltanto alla modificazione del rapporto matrimoniale, *dalla quale modificazione l'interveniente non potrà risentire alcuna ripercussione né di diritto né di fatto*. La sua posizione è, dunque, ben diversa da quella del notaio che, per difendere il suo buon nome, interviene nel giudizio *inter alios* per evitare che si formi un *giudicato sul falso*: qui il terzo non interviene per evitare che si formi un *giudicato sull'adulterio*, ma per evitare che nel giudizio *in cui il giudicato si formerà su un rapporto a cui egli si riconosce estraneo* (il rapporto matrimoniale e la sua modificazione) siano formulate deduzioni di fatto, che egli teme a sé pregiudizievoli. Siamo dunque assolutamente fuori dall'ambito delle ripercussioni derivabili *dal giudicato*! E potrà anche avvenire che queste deduzioni concernenti l'adulterio passino dalle scritture

defensionali nella motivazione della sentenza; e che nella motivazione di questa sentenza si leggano considerazioni che possano non far piacere al terzo supposto complice dell'adulterio. E che perciò? forseché (lo ripetiamo) potrebbe il testimone intervenire in causa per evitare che nella motivazione della sentenza sia pubblicamente affermata la poca attendibilità della sua testimonianza?

La verità è questa: che mentre dal giudicato, che modifica irrevocabilmente *inter partes* un rapporto giuridico, possono derivare ripercussioni pregiudizievoli sui rapporti giuridici dipendenti o connessi, dalle semplici affermazioni di fatto contenute nelle scritture defensionali o anche nella motivazione di una sentenza nessun pregiudizio può derivare al terzo, perché le affermazioni di fatto, anche se contenute nella motivazione della sentenza, *non passano in giudicato* e non hanno alcun valore fuori del processo in cui sono state formulate.

L'intervento *volontario a meri fini istruttorî*, a introdurre il quale può sembrare che miri la dottrina avversaria (e che farebbe il paio con quell'intervento *coatto a meri fini istruttorî* che la giurisprudenza ha giustamente condannato) urterebbe, tra l'altro, *anche contro il principio dispositivo*, in forza del quale entro certi limiti spetta alle parti il potere di fissare i fatti su cui il giudice dovrà decidere. Tra i varî mezzi di prova vi è la confessione: e può darsi che una parte, rispondendo all'interrogatorio, riconosca la verità di certi fatti a sé sfavorevoli, che per questo dovranno, in quel processo, essere considerati come definitivamente accertati. Ora, se in questi fatti confessati si trova ad esser coinvolto un terzo (poniamo che la moglie rispondendo all'interrogatorio confessi di aver commesso adulterio con un terzo), si vorrà permettere a questo terzo di intervenire in causa per impedire che operi *inter partes* la forza probatoria della confessione? Si vorrà permettere a questo terzo di intromettersi in una causa che non lo riguarda (perché nessun pregiudizio egli ha da temere da quel *giudicato*) per impedire al giudice di giudicare *secundum alligata et probata partium*?

* * *

Ma, dice la difesa avversaria, se in casi come questo non si concedesse al terzo di intervenire in causa, quale altro rimedio potrebbe avere il terzo per tutelare il suo buon nome?

Si potrebbe innanzi tutto rispondere che *adducere inconveniens*... con quel che segue: e che, se il nostro diritto non prevede un rimedio per casi come questi, questo non autorizza l'interprete a creare ciò che nella legge non c'è. Nella comparsa avversaria si legge che, quando le deduzioni diffamatorie contro il terzo appaiono di per sé « non

« concludenti », il terzo avrà diritto di querelarsi per ingiuria o per diffamazione contro l'autore di tali deduzioni, perché « sarebbe un « vero e proprio equivoco di interpretazione delle disposizioni penali, « ritenere che non ci sia diffamazione od ingiuria né possibilità di « querela, sol perché il fatto diffamatorio è stato prospettato e propa- « lato (senza legittima giustificazione) in una deduzione fatta in « giudizio ». Siamo d'accordo di massima; ma non siamo più d'accordo quando la difesa avversaria, continuando, ritiene che la querela penale non sia più concepibile per quelle deduzioni diffamatorie che appaiono in sé « concludenti in causa »: in tal caso, dice la difesa avversaria, tali fatti saranno ingiuriosi e diffamatorî *solo se si potrà dimostrare che non siano conformi a verità*: ma come farebbe il terzo a dimostrare che non sono veri, se non intervenisse in giudizio? Se egli non intervenisse, il giudice della causa *inter alios* sarà il solo competente ad accertare se quei fatti sono veri: e, una volta che nella motivazione della sentenza *inter alios* il giudice avrà considerato questi fatti del terzo come veri, come potrà il terzo agire a tutela del suo onore per dimostrare che non sono tali? Questo, dice la comparsa avversaria, « è impossibile, perché il deducente è ormai messo al co- « perto dalla sentenza... Il carattere diffamatorio della deduzione è « già escluso ».

Ma qui, se noi non ci inganniamo, si cade in un grosso equivoco: il fatto che in una causa civile *inter alios* il giudice abbia dichiarato vere certe circostanze che coinvolgono il terzo, non esclude che questo terzo possa dimostrare domani in sede penale che queste circostanze *non sono vere* e che quindi (qualora, si intende, risulti che tali affermazioni non veritiere siano state fatte con l'intenzione e colla consapevolezza non già di usare un proprio diritto in causa, ma soltanto di diffamare o di ingiuriare) chi le ha dedotte contro di lui ha commesso un'ingiuria o una diffamazione. Il giudicato (che si forma sul dispositivo) vale solo *inter partes*; ma *a fortiori* valgono solo *inter partes* le affermazioni di fatto che nella motivazione siano state accolte come premesse di quel dispositivo. Non esiste nel nostro diritto un articolo corrispondente a rovescio all'art. 28 Cod. proc. pen., il quale stabilisca che i fatti materiali accertati nel giudizio civile fanno stato per il giudice penale!

Che le deduzioni concernenti il terzo appaiano « concludenti » agli effetti della causa *inter alios*; che esse siano ritenute veritiere dalla sentenza pronunciata *inter alios*, — tutto questo non potrà essere d'ostacolo a che il terzo dimostri in un separato giudizio penale che queste deduzioni non corrispondono alla verità e che esse (qualora concorra l'indispensabile elemento intenzionale) rivestono i caratteri della diffamazione o dell'ingiuria.

* * *

Tutto quello che si è finora osservato in termini generali trova eloquente conferma in considerazioni di specie, attinenti al caso che ha dato origine a queste discussioni.

Siamo qui in una controversia tra coniugi, di carattere intimo e delicato, in cui l'intervento in causa del terzo servirebbe (e purtroppo ha servito) ad accentuare e ad esasperare la tensione fra le parti. Probabilmente se questo sfortunato intervento non avesse aperto l'adito a un caso giuridico « elegante » che ha complicato e aggravato il dibattito, la contesa tra moglie e marito (nella quale non solo i principî di procedura, ma il buon senso popolare passato in proverbio consiglierebbe di non mettere il dito) sarebbe già decisa. Gl'inconvenienti che in un caso come questo potrebbero minacciare il terzo, a cui non sia data la possibilità di scagionarsi in giudizio dei fatti che gli si attribuiscono, sono evidentemente assai meno gravi di quelli che si produrrebbero se si volesse a tutti i costi, in un giudizio di separazione che il marito ha iniziato contro la moglie, costringere l'attore a discutere in condizioni di parità processuale con un contraddittore che egli non si è scelto e che considera come l'autore della sua infelicità coniugale. L'incresciosità di una simile non desiderata interposizione del terzo in una controversia che riguarda un rapporto *personalissimo* com'è quello matrimoniale, è troppo evidente perché vi si debba insistere: domandiamo alla corte, giustamente sensibilissima ad ogni considerazione che riguardi l'interesse pubblico all'ordine familiare ed alla conciliazione di incresciose controversie che posson turbarlo, se corrisponderebbe a questo interesse ammettere il terzo in veste di interveniente in causa, a polemizzare col marito che si ritiene offeso; e a trasformare in un diverbio a tre questo delicatissimo dibattito tra coniugi, in cui ogni voce che non sia quella dei coniugi può apparire come stonata ed intrusa!

Si pensi che nelle cause di separazione personale vi è una fase in cui, proprio per rispettare il carattere intimo e riservato di questi dibattiti e per evitare gli inasprimenti che possono derivare dalla presenza di estranei, *perfino gli avvocati dei coniugi sono esclusi.* E si vorrebbe qui, senza considerare il comprensibile turbamento che la sua presenza provocherebbe, non escludere il terzo?

XXII

PARERE A: I PROVVEDIMENTI CAUTELARI NON NOMINATI (ART. 700 COD. PROC. CIV.) DI M. APICELLA (*)

Le sono molto grato per avermi inviato in lettura, prima della pubblicazione, il Suo pregevole studio sui « provvedimenti di urgenza » regolati dagli art. 700 e seguenti del Codice di procedura civile. Il tema è assai attraente, non soltanto perché appartiene ad una materia, qual'è in genere quella dei provvedimenti cautelari, non ancora esplorata a fondo; ma anche perché questo istituto dei « provvedimenti di urgenza » che è una novità introdotta dal vigente codice, attende ancora una elaborazione dogmatica che valga a fissare la fisonomia e soprattutto a segnarne i confini, per evitare che nella pratica si cada negli eccessi opposti egualmente deprecabili di restringerne troppo o di troppo ampliarne il campo di applicazione.

Sempre più mi convinco della inutilità di certi pretensiosi dogmatismi che si illudono di poter disegnare di fantasia le architetture degli istituti giuridici, senza osservare attentamente il modo con cui essi si comportano nella pratica: solo attraverso le esperienze di questa si può, mettendole a profitto, arrivare a sistemazioni scientifiche non illusorie. Proprio per questo Ella ha acquistato con questo studio, una benemerenza verso gli studii processuali, perché l'aver rese note le prime reazioni giurisprudenziali di questo nuovo istituto cautelare vuol dire aver dato alla sua interpretazione un prezioso contributo di indagine e di confronto.

Dalle Sue pagine si rileva con sodisfazione come svariate e frequenti siano le occasioni in cui la pratica giudiziaria fa ricorso a questo istituto; il che dimostra che l'averlo introdotto nella nostra legislazione non è stata una *elegantia iuris*, ma una risposta provvidamente data a una esigenza viva nella realtà dei giudizii.

(*) [Pubblicato alle pagg. 6-8 del volume di M. APICELLA, *I provvedimenti cautelari non nominati*, Città di Castello, « Leonardo da Vinci », 1948]. [*Bibliografia*, n. 443].

Ammiro la chiarezza e la precisione colla quale Ella ha saputo raggruppare, senza inutili divagazioni, i problemi ai quali finora l'istituto ha dato luogo. Su molte delle soluzioni da Lei proposte sono di accordo; su altre ho qualche perplessità.

Penso, in generale, che nei « provvedimenti di urgenza » degli art. 700 e seguenti debba soprattutto esser messa in rilievo la loro natura « suppletiva »: sono misure alle quali si può ricorrere solo « fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni », cioè solo quando un certo interesse, che aspira ad un provvedimento di urgenza, non sia già preso in considerazione da una forma di tutela cautelare tipica e qualificata, specificatamente predisposta per sodisfare, a certe condizioni, a quella esigenza. Voglio dire, in altre parole, che questi « provvedimenti di urgenza » non possono essere adoprati per far concorrenza ai provvedimenti cautelari nominati dalla legge, e per raggiungere i loro stessi scopi anche in difetto delle condizioni che questi richiedono: come, ad esempio, se si pretendesse di ottenere in forma di « provvedimento di urgenza » un sequestro giudiziario in mancanza dei requisiti posti dalla legge per questo istituto. La tutela cautelare assicurata dagli artt. 700 e seguenti sopraggiunge dunque solo in quei casi in cui non esista una speciale norma dettata per concedere questa tutela a certe condizioni *o per escluderla in mancanza di essa*; e quando tale esclusione c'è, non può, in mancanza di tali condizioni, servire l'art. 700 a dare ugualmente una tutela cautelare che in quel caso, bene o male, la legge ha voluto escludere con altre norme.

Questa regola mi par che debba esser tenuta sempre presente nella risoluzione di tutte le questioni da Lei prospettate; e in alcuni casi mi par che escluda la possibilità di far ricorso all'art. 700, come avverrebbe, penso, nel caso regolato dall'art. 373 Cod. proc. civ., che verrebbe ad essere svuotato di senso, se l'applicazione dell'art. 700 rendesse illusorie le limitazioni e la competenza stabilite dall'art. 373 predetto.

Ma, nonostante la opinabilità di alcune delle soluzioni da Lei proposte, sono pienamente di accordo con Lei sulla necessità di vivificare più che si può l'art. 700, e di trarne, senza timidezza, tutto quel profitto che la voluta elasticità dell'istituto può dare alle svariatissime quotidiane esigenze della giustizia; certo è, in ogni caso, che questo Suo saggio viene in buon punto per richiamare l'attenzione degli studiosi su un argomento vivo e per provocare su di esso, come auguro, fervore di discussioni chiarificatrici e feconde.

XXIII

ASPETTI GIURIDICI DELLA VERTENZA PER IL SEQUESTRO GIUDIZIARIO DEI BENI DELLA C.G.I.L. (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Origine della C.G.I.L. — 3. Sua struttura organica. — 4. Suoi organi direttivi. — 5. Carattere sindacale e non politico della C.G.I.L. — 6. Il dissidio tra i dirigenti della C.G.I.L. (15-27 luglio 1948). — 7. La richiesta di sequestro giudiziario. — 8. Le due tesi dei richiedenti in appoggio alla domanda di sequestro. — 9. La eccezione di difetto di legittimazione attiva. — 10. Sui requisiti per ottenere il sequestro giudiziario. — 11. Sull'esistenza del *fumus boni iuris*: *a*) sulla questione del già avvenuto scioglimento della C.G.I.L.; — 12. *b*) sulla questione del diritto a coamministrare. — 13. Sulla esistenza del pericolo. — 14. Offerta fatta dalla C.G.I.L. di depositare la somma contestata. — 15. Questioni sulla forma del provvedimento cautelare. — 16. Conclusione.

1. — La domanda di sequestro giudiziario di tutti i beni della Confederazione generale italiana del Lavoro (C.G.I.L.) proposta dinanzi al Tribunale di Roma dai rappresentanti della Corrente sindacale cristiana (C.S.C.) è stata felicemente definita l'11 agosto con un accordo che ha reso inutile qualsiasi pronuncia dell'autorità giudiziaria tanto sul sequestro quanto sul merito. Sotto l'aspetto sindacale questa composizione, per arrivare alla quale le parti hanno dato prova reciproca di alto senso di responsabilità politica, è stata un evento fausto; ma per i giuristi è stata una specie di delusione, perché questa vertenza sindacale repentinamente portata sul piano giudiziario aveva fatto affiorare da tutte le parti questioni di diritto così nuove e di così vasto interesse pratico e scientifico, che certamente, se fossero arrivate a esser decise dai giudici, avrebbe poi provocato tra gli studiosi una scia di feconde discussioni e di note critiche, atte a portare precisione di idee giuridiche in un campo rimasto ancora piuttosto nebuloso.

Ora proprio nell'interesse degli studi giuridici, che devono esser grati alle esigenze della pratica giudiziaria tutte le volte che questa

---

(*) [Pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, vol. C, 1948, P. IV, cc. 145-161; ristampato in *Studi*, VI, pagg. 170-194]. [*Bibliografia*, n. 466].

li stimola a uscir dal terreno tradizionale per spingersi nella zona fluida tra il diritto e la politica, chi ha partecipato in veste di difensore della C.G.I.L. a questa vertenza ritiene utile esporre qui, colla massima possibile obiettività e quasi in forma di grezza cronistoria, le principali questioni che si erano presentate fino dalla prima impostazione del dibattito: in modo che se pure la soluzione di questi problemi ha perduto per il momento la sua urgenza pratica, rimanga però richiamata su di essi, anche per l'avvenire, l'attenzione degli studiosi.

2. — Intanto bisogna premettere sulla origine, sulla struttura organica e sugli scopi della C.G.I.L., qualche nozione; il minimo indispensabile per intendere le questioni che saranno illustrate più innanzi.

La C.G.I.L., cessata nel 1926 per la imposizione autoritaria del corporativismo fascista, fu provvisoriamente ricostituita nel 1944, e poi definitivamente regolata nel 1945 secondo lo statuto approvato dal congresso di Napoli nel gennaio di quell'anno (modificato in alcuni articoli dal congresso di Firenze del giugno 1947). L'art. 1 di questo Statuto la definisce come l'« organismo unitario e di direzione « centrale di tutti i sindacati professionali dei lavoratori italiani « (operai, tecnici, professionisti, artisti, impiegati, ecc.) dell'industria, « dell'agricoltura, del commercio, della previdenza, del credito e dei « servizi pubblici e privati, senza nessuna eccezione ».

Giova ricorda, come immediato precedente politico che spiega storicamente la ricostituzione giuridica della C.G.I.L., che fino dal giugno 1944 fu concluso in Roma, in seguito a una serie di riunioni iniziate clandestinamente ancor prima della liberazione della Città, il cosiddetto « patto di Roma » col quale « gli esponenti delle prin- « cipali correnti sindacali dei lavoratori italiani — comunista, demo- « cratico cristiana e socialista — » si trovarono « in pieno accordo per « ritenere che l'unità sindacale è lo strumento più efficace per il po- « tenziamento dell'organizzazione del lavoro, per assicurare la miglior « difesa degli interessi economici e morali dei lavoratori e garantire « il loro apporto più efficiente all'opera immane di ricostruzione della « Patria »; ed in conseguenza decisero « la realizzazione immediata « dell'unità sindacale, mediante la costituzione di un solo organismo « confederale per tutto il territorio nazionale, denominato *Confede- « razione generale italiana del Lavoro*, di una sola Federazione « nazionale per ogni ramo della produzione, di una sola Camera con- « federale del Lavoro per ogni provincia, di un solo Sindacato locale « e provinciale per ogni ramo o categoria di attività produttiva ».

Questo accordo, in esecuzione del quale la Confederazione ge-

nerale del Lavoro fu ricostituita fin da allora di fatto sotto una direzione provvisoria, era destinato a rimanere in vigore fino a che non fosse stato possibile sostituirlo con uno statuto democraticamente discusso ed approvato da un congresso nazionale di tutti i lavoratori aderenti alla Confederazione: il che avvenne appunto, come sopra si è detto, nei congressi di Napoli e di Firenze, dai quali uscì lo statuto che dette alla C.G.I.L. la definitiva struttura giuridica tuttora in vigore.

Negli artt. 2, 3, 4 di questo statuto sono precisati gli scopi della Confederazione: che si riassumono in quello principale « di difendere « gli interessi professionali economici e morali, collettivi ed indivi- « duali, di tutti i lavoratori, manuali ed intellettuali »; e nell'art. 5, in cui si precisano i mezzi coi quali la C.G.I.L. « si propone di realiz- « zare i suoi scopi », è detto testualmente, in prima linea: « *a*) me- « diante l'azione sindacale unitaria dei lavoratori d'ogni branca di « lavoro e categoria, su scala locale, provinciale e nazionale, e quando « occorre, con l'azione sindacale combinata e solidale dei lavoratori « di tutte le branche e di tutte le categorie ».

3. — La struttura organica della C.G.I.L. è appunto preordinata a render possibile questa azione unitaria dei lavoratori a difesa dei proprî interessi: e si distingue, nella stessa terminologia usata dallo Statuto, in due diversi sistemi tra loro combinata, uno *in senso verticale*, e l'altro *in senso orizzontale*.

Il primo è fondato « sulla base di industria o di branca di lavoro « e categoria » (art. 18); e mira a raggruppare i lavoratori secondo criteri tratti dalla *omogeneità della loro attività lavorativa*, la quale produce necessariamente omogeneità degli interessi da tutelare. Si formano così, per quante sono le industrie o le categorie, tante distinte associazioni denominate « sindacati », che « comprendono nel « proprio seno tutti i lavoratori della stessa industria o branca di « lavoro, dall'operaio manuale all'ingegnere, dal bracciante agricolo « al tecnico dell'agricoltura » (art. 18). Questi sindacati « di industria, « di branca di lavoro o di categoria » sono combinati dalla periferia al centro, a guisa di piramide, alla cui base stanno i sindacati locali, che in ogni provincia convergono in un sindacato *provinciale*: tutti i sindacati provinciali culminano al centro in una *Federazione nazionale* (o sindacato nazionale) *d'industria o categoria*, che esprime così gli interessi sindacali di tutti i lavoratori appartenenti a quella determinata industria o categoria.

Questa organizzazione *verticale*, attraverso la quale si attua in circoscrizioni territoriali sempre più vaste, e alla fine (colle Federazioni) su scala nazionale, la difesa separata e distinta degli interessi

di ciascuna categoria, è completata dall'organizzazione *orizzontale*, la quale mira a render possibile « l'azione sindacale coordinata e solidale « dei lavoratori di tutte le branche e di tutte le categorie » per la tutela degli interessi che non sono propri e limitati ai lavoratori di una sola categoria, ma sono comuni ai lavoratori di tutte.

A tale scopo, per coordinare tra loro le varie associazioni sindacali di categoria, è costituito un sistema di *organi di collegamento tra categorie*, i quali non sono associazioni di lavoratori distinte da quelle costituenti l'organizzazione verticale, ma sono per così dire centri di incontro, di deliberazione e di coordinamento tra i varî sindacati di categoria (tant'è vero che i lavoratori per potersi iscrivere a questi organi di collegamento, devono essere previamente iscritti al sindacato locale: art. 21).

Il sistema orizzontale è così costituito: « tutti i sindacati locali « di qualsiasi industria, branca di lavoro o categoria della stessa lo- « calità costituiscono la *Camera confederale del lavoro locale*; tutte « le Camere confederali del lavoro locali e tutti i Sindacati provinciali « d'industria o categoria costituiscono la *Camera confederale del la- « voro provinciale*, che realizza l'unità organica della classe operaia « e di tutti i lavoratori organizzati della rispettiva provincia » (art. 19). E, al vertice, « tutte le Camere confederali del lavoro provinciali, e « tutte le Federazioni (o Sindacati) nazionali d'industria o branca di « lavoro costituiscono la *Confederazione generale italiana del Lavoro* » (art. 20).

Dal funzionamento concorrente di questi due sistemi di associazioni e di organi, uno in senso verticale ed uno in senso orizzontale, l'azione unitaria dei varî lavoratori è garantita in due direzioni diverse: attraverso l'organizzazione verticale i lavoratori si trovano associati coi lavoratori della stessa categoria; attraverso l'organizzazione orizzontale si trovano collegati con quelli delle altre categorie. Queste due organizzazioni complementari convergono nella C.G.I.L., la quale coordina e dirige tanto le associazioni sindacali di categoria del sistema verticale, quanto gli organi di collegamento tra categorie del sistema orizzontale.

4. — Organi dirigenti della C.G.I.L. sono:

a) il *Congresso confederale*, composto di delegati eletti, in numero proporzionale ai lavoratori iscritti, dalle Camere confederali del Lavoro provinciali e dalle Federazioni nazionali (artt. 23 e 24): questo Congresso, che deve riunirsi almeno ogni due anni, è « l'organo « dirigente supremo », fornito di « tutti i poteri deliberativi » (art. 22);

b) il *Consiglio nazionale*, che è « l'organo supremo di direzione « della C.G.I.L., nel periodo che intercorre da un congresso all'altro »

(art. 29): si compone dei segretari di tutte le Federazioni nazionali e di tutte le Camere confederali del Lavoro provinciali (art. 30);

c) il *Comitato direttivo*, che è « l'organo di direzione normale della C.G.I.L. », composto di 75 membri (art. 24, modificato nel Congresso di Firenze) eletti dal Congresso confederale. « Il Comitato « direttivo risponde della sua attività davanti al Congresso e al Con- « siglio nazionale » (art. 38);

d) la *Segreteria generale*, che è « l'organo esecutivo e di di- « rezione della C.G.I.L. » (art. 40), e che ne ha la rappresentanza (art. 42): essa si compone: *a*) di un Segretario generale (o responsabile); *b*) di tre Segretari; *c*) di sei Vicesegretari (art. 40); funziona collegialmente (art. 41); è eletta dal Comitato direttivo e risponde del proprio operato davanti allo stesso Comitato direttivo ed al Congresso confederale (art. 41, secondo le modificazioni introdotte al Congresso di Firenze);

e) la Segreteria è inoltre coadiuvata da un organo collegiale, istituito dal Congresso di Firenze, che è il *Comitato esecutivo*, composto di 21 membri (nominati dal Comitato direttivo tra i propri componenti), al quale « la Segreteria deve demandare tutti i problemi « che eccedono l'ordinaria amministrazione ed implicano l'assunzione « di gravi responsabilità... Il Comitato esecutivo è convocato almeno « ogni 15 giorni... » (art. 42).

Dalle disposizioni finora citate non è facile trarre con una formula precisa la repartizione di funzioni tra questi vari organi: si può dire approssimativamente che al Congresso confederale (e, negli intervalli tra l'una e l'altra convocazione del Congresso, al Consiglio nazionale) spetta, per così dire, il potere legislativo e il potere costituente della Confederazione; mentre il governo di essa spetta al Comitato direttivo, di cui la Segreteria (coadiuvata dal Comitato esecutivo) è l'organo esecutivo.

5. — È opportuno infine rilevare che nella struttura organica della C.G.I.L. non dovrebbe avere alcuna rilevanza giuridica l'appartenenza ad un partito o più in generale le opinioni politiche degli iscritti: ciascuno dei quali, qualunque sia il partito al quale appartiene, entra nella associazione in qualità di lavoratore (art. 17), non in qualità di appartenente a un determinato partito. Nell'interno della C.G.I.L. l'inquadramento è fatto unicamente in base a criteri sindacali (appartenenza a una certa branca di lavoro), non in base a criteri politici (appartenenza ad un partito).

Ciò è scritto in maniera molto energica in diversi articoli dello Statuto: specialmente nell'art. 6, il quale stabilisce che « la C.G.I.L. « realizza nel suo seno l'unità sindacale di tutti i lavoratori, *senza*

« *nessuna distinzione di opinioni politiche e di fede religiosa* »; e nell'art. 8, secondo il quale « la C.G.I.L. e tutte le organizzazioni che « vi aderiscono *sono indipendenti da qualsiasi partito* od aggruppa- « mento politico, e dallo Stato. A tale scopo, nessuna organizzazione « sindacale può avere la sede comune con un partito politico qualsiasi; « nessuna intromissione di partiti politici dev'essere tollerata in seno « ai sindacati ».

Questo punto merita di essere posto in particolare luce, avendo speciale rilevanza per le questioni di cui tra poco si dirà.

Il cosiddetto « patto di Roma », di cui si è parlato sopra, fu concluso fra tre « correnti sindacali », cioè fra tre gruppi di lavoratori, non singolarmente individuati né numericamente censiti, distinti ciascuno secondo una propria qualificazione politica (comunista, democristiano, socialista): l'accordo avvenne non sul piano giuridico, ma sul piano politico, cioè in una fase pregiuridica o metagiuridica in cui le persone fisiche che trattavano si presentavano come rappresentanti (in senso politico, non giuridico) di una collettività imprecisata e fluttuante di lavoratori iscritti a un determinato partito; e su questo piano politico le tre « correnti » furono considerate provvisoriamente come equivalenti, tant'è vero che la direzione provvisoria creata in seguito al « patto di Roma » fu composta di 15 membri « cinque per ciascuna corrente ».

Ma quando si trattò di passare dal terreno politico a quello giuridico, e di dare alla C.G.I.L., collo Statuto del 1945, una organizzazione a base democratica (art. 10) in cui fosse chiaramente stabilito chi aveva diritto di eleggere alle cariche direttive e rappresentative, e di chi gli eletti fossero rappresentanti, questo concetto elastico e fluido di « corrente sindacale » fu abbandonato, e dallo Statuto fu bandita ogni sia pure indiretta allusione che riconoscesse la sopravvivenza nell'interno della C.G.I.L. di questa tripartizione in « correnti » politiche, che era stata riconosciuta nel periodo preparatorio.

Se si vuole adoprare, per definire la struttura organizzativa della C.G.I.L., la terminologia dei costituzionalisti, si può dire che nello Statuto del 1945 il principio federativo (consacrato nello stesso nome di « Confederazione ») opera tra *sindacati, non tra partiti*: gli enti che nell'interno della Confederazione conservano quella distinzione e quella sia pur limitata autonomia che è propria delle unioni federali, sono le associazioni sindacali, non i partiti. Sotto l'aspetto politico, cioè dell'appartenenza ai partiti, la C.G.I.L. è per così dire uno Stato « unitario », nel senso che tutti i lavoratori iscritti contano per uno, senza che la loro appartenenza a un partito piuttosto che a un altro influisca in alcun modo sui loro diritti sindacali.

Vero è che, essendo stabilito che le elezioni alle cariche sindacali sono basate sul principio della proporzionale pura, in questo modo si garantisce « *a tutte le correnti* il diritto di essere proporzionalmente « rappresentate in tutti gli organi dirigenti » (art. 11).

Ma qui si tratta, come chiaramente dice l'art. 32, non di correnti di partito, e tanto meno di quelle sole tre correnti di partito tra cui fu concluso il « patto di Roma », ma di « correnti sindacali », e di tutte quelle correnti sindacali, in numero imprecisato, che potranno venire a determinarsi tra gli iscritti attraverso il diritto riconosciuto ad ogni « gruppo di votanti » di presentare una lista di candidati (art. 12), allo scopo di garantire la rappresentanza proporzionale anche ai gruppi che rimangono in minoranza. Questi « gruppi » di maggioranza e di minoranza, non sono necessariamente (secondo gli articoli di questo Statuto) gruppi appartenenti a partiti diversi, e necessariamente qualificati con criteri politici; possono essere anche gruppi apolitici, o magari appartenenti allo stesso partito politico, che però nelle elezioni alle cariche sindacali hanno il diritto di proporre liste diverse.

Se poi *di fatto* è accaduto che nelle elezioni alle cariche confederali della C.G.I.L. dal 1945 a oggi le « correnti sindacali », espresse nelle varie liste, sono state in realtà correnti di partito, e se di fatto la composizione degli organi direttivi è risultata proporzionalmente corrispondente alla varia colorazione politica dei lavoratori iscritti, queste son circostanze che giuridicamente non hanno rilevanza.

A differenza delle leggi elettorali per il Parlamento, secondo le quali la presentazione delle liste è normalmente funzione dei partiti, sicché poi gli eletti si ripartiscono nei « gruppi » parlamentari che sono in gran parte gruppi di partito, negli organi collegiali che dirigono la C.G.I.L. non esistono ufficialmente rappresentanti di partiti, ma solo rappresentanti di interessi sindacali.

6. — Queste nozioni possono bastare per intendere la portata giuridica delle questioni suscitate dal dissidio che ha condotto i rappresentanti della corrente sindacale cristiana a uscire dalla C.G.I.L. Ma è anche necessario, per intendere tali questioni giuridiche, ricordare alcuni documenti in cui sono consacrate, nei loro aspetti più salienti, le ragioni immediate di questo dissidio.

È inutile approfondire qui i remoti moventi politici di esso, affiorati in occasione dello sciopero generale, deliberato la sera del 14 luglio 1948, dalla maggioranza del Comitato esecutivo; fatto sta che nello stesso giorno in cui lo sciopero era in atto, tutti i componenti democristiani del Comitato direttivo della C.G.I.L. (undici su settantacinque), dei quali tre facevano parte del Comitato esecutivo

(tre su ventuno) e due di essi anche della Segreteria generale (l'on. Giulio Pastore come segretario, e il dott. Cuzzaniti come vicesegretario), comunicarono agli altri componenti della Segreteria generale il loro dissenso sulla continuazione dello sciopero generale deliberato la sera precedente dal Comitato esecutivo; e il 16 luglio, sempre in qualità di « componenti del Comitato direttivo della C.G.I.L. « per la corrente sindacale cristiana », votarono un loro motivato ordine del giorno col quale, ritenuto che tale sciopero generale fosse per la sua natura e per i suoi obiettivi « in evidente contrasto con « le finalità e le funzioni della C.G.I.L. », e che « la maggioranza « del Comitato esecutivo confederale ha così infranto il patto di « unità sindacale e violato lo spirito e la lettera dello Statuto », si affermavano « consapevoli di trarre il proprio mandato di rappre- « sentanza dei lavoratori aderenti alla corrente sindacale cristiana » e quindi deliberavano di rimettere ad essi conseguentemente ogni deliberazione e di promuovere a tale scopo « di intesa con la presi- « denza centrale delle A.C.L.I. ... una convocazione nazionale straor- « dinaria della corrente », pur rilevando fin d'ora « la necessità di « un sindacato autonomo e democratico che, in clima di rinnovata « fraternità, sia veramente libero da ogni e qualsiasi influenza di « partito e che pertanto, concretamente, operi per l'affermazione dei « diritti del lavoro ».

Il 22 luglio il Consiglio nazionale delle A.C.L.I. (Associazioni Cattoliche Lavoratori Italiani: di questa associazione non è facile, come si accennerà anche in seguito, definire quale sia stata in questa vertenza la precisa funzione giuridica e politica), prendendo atto di questo ordine del giorno e approvandone il contenuto, votò una lunga risoluzione nella quale, dopo aver rilevato « che il recente sciopero « generale avendo infranto l'essenza del patto di Roma e violato la « lettera e lo spirito dello Statuto, ha prodotto una definitiva ed « irreparabile rottura dell'unità sindacale da quel patto creata e da « quello Statuto codificata », riaffermava che la esigenza « di un sin- « dacato autonomo e democratico » avrebbe trovato la sua soluzione « in una nuova organizzazione aperta a tutti i lavoratori italiani che « intendono mantenere l'azione del sindacato effettivamente estranea « ad ogni e qualsiasi influenza di partito », e, in attesa delle definitive deliberazioni del congresso nazionale delle A.C.L.I. da effettuarsi entro il 15 dicembre, dichiarava che « fino a quando non sarà posto « in essere un nuovo piano organizzativo, i dirigenti della corrente « democristiana continueranno a svolgere la propria attività sindacale » e dava mandato agli undici rappresentanti della corrente nel Comitato direttivo della C.G.I.L. « di dirigere la corrente stessa e di

« prendere ogni provvedimento reso necessario dalla situazione con-
« tingente ».

Il 26 luglio l'on. Giulio Pastore inviava ai varî componenti della Segreteria generale della C.G.I.L. una lettera nella quale li avvertiva che « per le ragioni e le constatazioni enunciate nella dichiarazione « che vi abbiamo inviato il 16 corr., si è determinata nella C.G.I.L. « una situazione nuova, che non può essere esaminata e dar luogo a « decisioni in organi (Comitato direttivo, Comitato esecutivo, ecc.) che « *sono espressione di una formula di unità sindacale ormai infranta...* ».

Ma intanto nello stesso giorno 26 luglio il Comitato esecutivo della C.G.I.L. (in assenza dei tre componenti democristiani) si era adunato e aveva votato una risoluzione nella quale si dava atto che gli « esponenti centrali della corrente democristiana... approvando la « risoluzione votata il 22 luglio dal Consiglio nazionale delle A.C.L.I., « con la quale si dichiarava infranta definitivamente l'unità sindacale « e si decideva di creare una nuova organizzazione da contrapporre « alla C.G.I.L. ... si sono messi fuori dalla C.G.I.L. e quindi sono « decaduti da ogni carica e funzione sindacale ». E di tale risoluzione (che fu poi ratificata dal Comitato direttivo il 5 agosto) il Segretario generale on. Di Vittorio dette comunicazione con lettera del 27 luglio agli on. Pastore, sen. Rubinacci e dott. Cuzzaniti, accompagnandola con queste parole di commento: « ... Da questo documento risulta « che tutti coloro che hanno votato o che approvano la risoluzione « del Consiglio nazionale delle A.C.L.I. del 22 luglio u. s., con la « quale si dichiara infranta definitivamente l'unità sindacale e si decide « di creare una nuova organizzazione, si sono messi fuori dalla C.G.I.L. « e quindi sono decaduti da ogni carica od incarico nella stessa. « Facciamo osservare che la constatazione del Comitato esecutivo « confederale è del tutto ovvia, in quanto non è moralmente e giuri-« dicamente possibile, né agevole per nessuno, lavorare contempora-« neamente in una organizzazione e per la creazione di una nuova « organizzazione che sorge in concorrenza con la prima ».

Così, coll'uscita degli undici componenti democristiani dagli organi direttivi della C.G.I.L. si ebbe: che la Segreteria generale rimase di fatto costituita da questo momento del Segretario generale responsabile, on. Di Vittorio, di due Segretari generali invece di tre (uscito l'on. Pastore), di cinque Vicesegretari generali invece di sei (uscito il dott. Cuzzaniti); che il Comitato esecutivo rimase di fatto costituito da diciotto componenti invece di ventuno (usciti Pastore, Cuzzaniti, Morelli); che il Comitato direttivo rimase di fatto costituito da 64 componenti invece di 75 (usciti Pastore, Cuzzaniti, Morelli, Cappugi, Rapelli, Zini, Sabatini, Pallenzona, Giannitelli, Rubinacci, Storti).

7. — A questo punto da questi stessi undici dirigenti democristiani usciti dalla Confederazione fu presentato ricorso al presidente del tribunale di Roma per sequestro giudiziario « di tutte le somme della « C.G.I.L. depositate o depositande presso la Banca Nazionale del « Lavoro in Roma e in tutte le sedi e filiali da essa dipendenti ».

Nel ricorso, i richiedenti il sequestro si qualificarono come « già « componenti il Comitato direttivo della C.G.I.L. per la corrente sin- « dacale cristiana e soci di detta Confederazione ». La breve motivazione della richiesta fu, testualmente, la seguente:

« Nel 1944 si costituì in Roma la Confederazione Generale Ita- « liana del Lavoro in virtù del patto di unità sindacale sottoscritto « dai rappresentanti delle tre correnti sindacali socialista, comunista « e cristiana allora esistenti, con rappresentanza paritetica degli organi « direttivi poi trasformata in rappresentanza proporzionale. Coeren- « temente con questa origine, l'art. 6 dello Statuto identifica l'oggetto « e lo scopo dell'associazione nel realizzare *nel suo seno l'unità sin-* « *dacale di tutti i lavoratori senza distinzione di opinioni politiche o* « *di fede religiosa.* È evidente che la C.G.I.L. per la sua costituzione « e per il suo Statuto deve essere considerata quale "associazione non « riconosciuta" ai sensi e per gli effetti degli articoli 36 e seguenti « Codice civile. In seguito ai fatti verificatisi dopo il 14 luglio 1948 « e che sono notori, culminati nella dichiarazione 27 luglio 1948 del « Comitato esecutivo confederale, l'unità sindacale è cessata, e con « essa sono cessati "l'oggetto e lo scopo precipui" dell'associazione; « la quale pertanto, applicandosi le norme di legge richiamate e le « altre vigenti, deve considerarsi giuridicamente sciolta, procedendosi « a quanto occorre per la tutela dei diritti economici degli associati. « Il patrimonio confederale, costituito con i contributi di tutti i soci « delle varie correnti, comprende ingenti somme depositate presso la « Banca Nazionale del Lavoro; e poiché risulta che i dirigenti confe- « derali di maggioranza profittano della materiale impossibilità di « esercitare i loro poteri amministrativi e di controllo in cui sono stati « messi i rappresentanti della corrente sindacale cristiana, per incas- « sare tali somme e disporne per interessi che non possono più « considerarsi sociali, si manifesta la urgente necessità di impedire che « il fondo comune della cessata associazione possa essere comunque « sottratto alla repartizione prevista dall'art. 37 Codice civile ».

Sulla domanda di sequestro così motivata, il presidente del tribunale, dott. Liguori, ritenne opportuno, prima di provvedere, sentire le parti: di cui ordinò la comparizione dinanzi a lui per il 30 luglio.

In tal giorno comparvero dinanzi a lui alcuni dei ricorrenti, assistiti dagli avvocati Angelini e Cassano, a cui si aggiunsero al momento della discussione, il prof. Carnelutti e successivamente il

prof. Minoli; e per la C.G.I.L. comparve il Segretario generale on. Di Vittorio, coll'assistenza degli avvocati Becca e Maiolo, e dell'estensore della presente nota. La discussione durò quasi quattr'ore: non furono redatti, né dall'una parte né dall'altra, scritti defensionali. Alla fine il presidente concesse un rinvio, per dar modo alle parti di trattare un componimento di cui durante la discussione era apparsa la possibilità; e che infatti, come si dirà, potè concludersi l'11 agosto.

8. — La domanda di sequestro era basata su due tesi: una più ampia (che è quella sulla quale ha particolarmente insistito il professor Carnelutti, difensore dei ricorrenti, in una intervista pubblicata sul *Giornale della Sera* del 6 agosto), ed una subordinata e più ristretta.

a) La tesi principale era questa: che, essendo « crollato il patto « d'unità sindacale, che costituiva il fondamento della C.G.I.L. » (sono parole del prof. Carnelutti, nella surricordata intervista), la Confederazione doveva considerarsi senz'altro, *ipso facto*, sciolta ed estinta; sicché, venuta meno l'associazione, il suo patrimonio doveva considerarsi ormai come un fondo comune caduto in comproprietà degli associati iscritti. Ciascun iscritto aveva dunque diritto di reclamare la divisione del fondo comune e l'assegnazione della sua quota (1): e poiché i ricorrenti rappresentavano tutti gli appartenenti alla corrente cristiana, cioè circa il 13 % degli iscritti, essi reclamavano per tutti gli appartenenti a quella corrente la divisione del patrimonio comune e l'assegnazione di una quota di esso corrispondente a quella percentuale. Questa era la tesi di merito: e siccome essa faceva sorgere una controversia tra comproprietari sulla divisione del patrimonio comune, con ciò era senz'altro presente agli effetti cautelari l'estremo richiesto dall'art. 670 Codice di procedura civile per la concessione del sequestro giudiziario, cioè la controversia sulla proprietà o sul possesso di una università di beni.

b) Ma quand'anche la tesi del già avvenuto scioglimento della C.G.I.L. non fosse apparsa fondata, e quindi non si fosse potuto invocare, come titolo cautelare per richiedere il sequestro giudiziario,

---

(1) In una deliberazione presa dagli undici rappresentanti della corrente sindacale cristiana il 28 luglio la stessa tesi fu affermata per le Federazioni nazionali, per i Sindacati provinciali di categoria e per le Camere confederali del lavoro provinciali, le quali, dovendosi considerare come « associazioni non riconosciute « create in virtù di un preciso patto di unità di azione », ed « essendosi verificata « la rottura del patto d'unità sindacale in ordine al suo precipuo scopo » ... « debbono considerarsi *de iure* sciolte e cessate, per cui, a norma di legge, le « correnti sindacali associate hanno incontestabile diritto di chiedere la divisione « del fondo comune, il quale, pertanto, deve rimanere integro e conservato ».

la comunione del patrimonio e il diritto di ottenerne la divisione, lo stesso provvedimento cautelare era chiesto a tutela del diritto ad amministrare (anzi a « coamministrare ») spettante agli undici già facenti parte del Comitato direttivo, che secondo i ricorrenti era stato leso dalla deliberazione del Comitato esecutivo della C.G.I.L. che li aveva dichiarati decaduti da tutte le cariche direttive confederali. Bastava questo, essi dicevano, perché vi fosse l'estremo richiesto dall'art. 670 per la concessione del sequestro giudiziario: poiché, secondo i ricorrenti, anche la controversia sul diritto di partecipare all'amministrazione di un'associazione coinvolge una controversia sul possesso del patrimonio di essa.

9. — Alla richiesta di sequestro, i rappresentanti della C.G.I.L. opponevano prima di tutto, in via preliminare, la mancanza nei ricorrenti della legittimazione ad agire: e ciò sotto un doppio profilo.

a) Qualora fosse stata accolta la tesi dei ricorrenti della già avvenuta estinzione della C.G.I.L., a richiedere la divisione del patrimonio comune sarebbero stati legittimati *uti singuli* i lavoratori iscritti, ognuno per la sua quota, corrispondente, poiché gli iscritti alla C.G.I.L. si avvicinano attualmente ai sette milioni, ad 1/7.000.000 del patrimonio. Gli undici ricorrenti, in quanto iscritti alla C.G.I.L. (della quale infatti, nel ricorso, essi si erano qualificati « soci ») avrebbero potuto al più reclamare in proprio, *uti singuli*, l'assegnazione di 11/7.000.000 del patrimonio totale (cioè poche diecine di lire a testa!); ma come « rappresentanti della corrente sindacale cristiana », essi non erano in alcun modo legittimati a richiedere la divisione del patrimonio e l'assegnazione della quota globale spettante a tutti gli appartenenti a quella cosiddetta « corrente »: la quale non era come tale né una persona giuridica avente capacità patrimoniale, né una collettività organizzata della quale essi potessero presentarsi come rappresentanti in senso processuale. Affinché la richiesta di sequestro e di divisione potesse valere processualmente come presentata in nome di tutti i lavoratori appartenenti alla corrente cristiana, sarebbe stato necessario che ciascuno di essi figurasse individualmente, con tanto di nome e cognome, nel ricorso, oppure che gli undici ricorrenti dimostrassero di avere ricevuto individualmente da tutti gli appartenenti alla corrente cristiana l'incarico, dato in forma legale, di rappresentarli in giudizio. Né da parte loro, gli undici ricorrenti che si presentavano come « rappresentanti della corrente cristiana », portavano alcun argomento per sostenere che questa fosse organizzata, sia pur solo di fatto, come associazione a sé stante, giuridicamente distinta dalla C.G.I.L., sì da poter stare in giudizio per mezzo di proprî rappresentanti: anzi il fatto che nel conflitto fossero interve-

nute, a tutela della « corrente sindacale cristiana » le A.C.L.I., cioè un'associazione già costituita ad altri fini (quale fosse prima del dissidio la funzione e la posizione politica e sindacale delle A.C.L.I. di fronte alla C.G.I.L.; come la sua esistenza potesse conciliarsi col patto di unità d'azione; quale fosse il titolo della sua ingerenza nel dissidio sorto nell'interno della C.G.I.L. e del vincolo di dipendenza che nei confronti di essa sembravano riconoscere i dirigenti della corrente sindacale cristiana, sono argomenti che meriterebbero un'apposita indagine), sembrava che dimostrasse che la « corrente sindacale cristiana » sentiva di non costituire ancora, di fronte alla C.G.I.L., una persona distinta.

b) Se viceversa la tesi del già avvenuto scioglimento fosse stata respinta e si fosse ritenuto che la C.G.I.L. fosse ancora esistente come associazione fornita di capacità patrimoniale, allora (si eccepiva *in limine* dai difensori della C.G.I.L.) i ricorrenti non erano più legittimati ad agire, sia pure in via cautelare, a tutela dei diritti derivanti dalle cariche da essi già rivestite negli organi dirigenti della C.G.I.L., perché essi a questi diritti avevano spontaneamente rinunciato, quando, colla comunicazione del 26 luglio (sopra ricordata), avevano dichiarato che, nella nuova situazione creata dalla scissione, non era più concepibile il funzionamento di organi « che sono espressione di una formula « di unità sindacale ormai infranta »; essi avevano in questo modo rinunciato al loro « diritto di coamministrare »: e non erano quindi più legittimati a chiedere provvedimenti cautelari a tutela di questo diritto. Ma questa questione, sollevata in sede preliminare sotto il profilo della legittimazione *ad agendum*, si ripresentava altresì, come più avanti si dirà, sotto il profilo del *fumus boni iuris*.

10. — Qualora fosse stata superata la questione preliminare della legittimazione ad agire, i rappresentanti della C.G.I.L. sostenevano la mancanza di tutt'e due i presupposti per la concessione del sequestro giudiziario: sia del *fumus boni iuris* (controversia sulla proprietà o sul possesso), sia del *periculum in mora* (opportunità di concederlo).

È noto che anche il sequestro giudiziario non può esser concesso se non concorrano tutt'e due questi presupposti. Anche quando il richiedente afferma l'esistenza di una controversia sulla proprietà o sul possesso (art. 670, n. 1), il giudice, prima di concedere il sequestro, deve fare una specie di preventivo giudizio di delibazione sulla esattezza di tale affermazione, anticipando con un calcolo di probabilità il prevedibile esito del giudizio di merito; e solo quando ritenga che il profilo giuridico dato dal richiedente alla sua domanda di merito sia esatto e che sia prevedibile con un certo grado di probabilità l'accoglimento di tale domanda, s'indurrà in tal caso a concedere la

misura cautelare a difesa del probabile diritto. D'altra parte, anche quando il giudice ritenga che veramente nel caso concreto ricorrano gli estremi di una controversia sulla proprietà o sul possesso, e che è prevedibile che nel merito la domanda del ricorrente verrà accolta, questo non basta ancora a far concedere il sequestro: per la concessione del quale occorre altresì che il giudice nel suo apprezzamento discrezionale ritenga la sussistenza di tali ragioni di opportunità che consiglino di provvedere immediatamente alla custodia del bene conteso.

Ora nel nostro caso la C.G.I.L. negava anzitutto che, per la concessione del sequestro giudiziario, esistesse il primo requisito, quello del *fumus boni iuris*: negava cioè che in questo caso si potesse configurare con un grado minimo di attendibilità una controversia sulla proprietà o sul possesso che avesse per oggetto il patrimonio della C.G.I.L. E ciò sotto ambedue i profili, già visti, del ricorso.

11. — *a*) Le parti erano d'accordo nel ritenere che, in mancanza di più aderenti disposizioni legislative sui sindacati, la C.G.I.L. si dovesse per forza far rientrare nelle disposizioni che il Codice civile detta (articoli 36-42) per le « associazioni non riconosciute ». Anche il prof. Carnelutti, nella ricordata sua intervista, lo ha dichiarato: « Confederazione è il nome adottato nella tecnica sindacale; asso- « ciazione il nome, col quale la confederazione è trattata nel Codice ci- « vile; la confederazione è dunque una specie del genere associazione ». Ora nell'art. 37 del Codice civile è scritto che « i contributi degli « associati e i beni acquistati con questi contributi costituiscono il « fondo comune dell'associazione. *Finché questa dura, i singoli asso-* « *ciati non possono chiedere la divisione del fondo comune, né pre-* « *tendere la quota in caso di recesso* ».

Era evidente che per sostenere l'esistenza di un diritto dei richiedenti alla divisione del patrimonio della C.G.I.L. (formato appunto interamente dai contributi degli associati: perché la questione della destinazione dei beni già appartenenti alle disciolte organizzazioni corporative fasciste rimane ancora in sospeso, e qui non era oggetto di discussione), bisognava prima dimostrare che la C.G.I.L. aveva cessato di esistere: « finché questa dura », dice l'art. 37; bisognava dimostrare che la C.G.I.L. *non dura più*. Questo fu il punto sul quale principalmente si svolse il dibattito orale dinanzi al Presidente del tribunale, e si fermò il prof. Carnelutti nella sua intervista. La tesi dei ricorrenti su questo punto era, schematicamente, la seguente: la C.G.I.L. è sorta in conformità del « patto di Roma », sul presupposto dell'unità d'azione sindacale fra le tre correnti politiche che conclusero quel patto; questa unità sindacale è considerata come

scopo specifico della C.G.I.L. dall'art. 6 dello Statuto confederale (di cui già si è ripetuto il testo). Ma coll'uscita della corrente sindacale cristiana dalla C.G.I.L. questa azione unitaria delle tre correnti sindacali non è più possibile: e allora, poiché alle associazioni non riconosciute si devono applicare « le norme che reggono la società sem- « plice, tra le quali norme è fondamentale quella che ne stabilisce « lo scioglimento quando il suo oggetto è venuto a mancare » (parole, anche queste, del prof. Carnelutti), si deve ritenere che in applicazione dell'art. 2272 Codice civile, n. 2, la C.G.I.L. sia senz'altro sciolta per la « sopravvenuta impossibilità » di conseguire lo scopo sociale, cioè l'azione sindacale unitaria delle tre correnti che concorsero a stipulare il « patto di Roma ».

A questa tesi, da parte della C.G.I.L. si contrapponevano una serie di obiezioni, che si possono schematicamente riassumere nelle seguenti:

1°) Il patto di Roma non può più essere invocato oggi per trarne conseguenze giuridiche, perché esso ha avuto valore provvisorio, più politico che giuridico, fino a quando la struttura giuridica della C.G.I.L. non è stata definitivamente regolata dal vigente Statuto: nel quale non solo non è espressamente previsto, come condizione di esistenza della C.G.I.L., il mantenimento del patto « tripartito » fra le tre correnti politiche che stipularono il patto di Roma, ma è anzi espressamente dichiarato (art. 6) che l'unità sindacale dei lavoratori si realizza « senza nessuna distinzione di opinioni politiche e di fede « religiosa », il che toglie ogni rilevanza giuridica alla qualificazione politica dei lavoratori che vi si iscrivono.

2°) D'altra parte, anche se si volesse tener conto della varia colorazione politica delle correnti sindacali affiorate di fatto nelle elezioni dell'ultimo Congresso confederale tenuto a Firenze nel luglio del 1947, si vedrebbe che nell'attuale C.G.I.L. la « corrente cristiana » non rappresenta più, come per provvisoria finzione si stabilì nel patto di Roma, il terzo degli iscritti; ma rappresenta, in mezzo a una diecina di altre correnti, poco più del decimo degli iscritti, il che dimostra che la finzione su cui si basò il patto di Roma ha cessato da molto tempo d'essere in vigore.

3°) Non è vero che, secondo lo Statuto della C.G.I.L., « l'unità « sindacale di tutti i lavoratori » sia *lo scopo* dell'associazione: gli scopi dell'associazione sono specificati agli articoli 2, 3 e 4 dello Statuto, mentre l'art. 5 stabilisce quali sono i *mezzi* per realizzare tali scopi e tra questi, e non tra gli scopi, considera l'azione sindacale unitaria (art. 5: « La C.G.I.L. si propone di realizzare i suoi scopi: *a*) mediante « l'azione sindacale unitaria dei lavoratori d'ogni branca... »).

4°) Anche se l'unità sindacale fosse lo scopo e non il mezzo,

non si può dire che l'uscita degli undici dirigenti democristiani dalla C.G.I.L. basti a far ritenere la « sopravvenuta impossibilità « (definitiva, non temporanea!) di conseguirlo »; e ciò per due ragioni, una di fatto e una di diritto: *di fatto*, perché finora, non potendosi (per i motivi già detti) gli undici ricorrenti considerare come *legali* rappresentanti di tutti gli iscritti appartenenti alla « corrente cristiana », ufficialmente sono usciti dalla C.G.I.L. soltanto essi undici *uti singuli*, mentre non si sa quali siano le intenzioni della massa dei lavoratori democristiani, i quali finora (cioè fino al momento in cui si svolgeva la discussione sul sequestro) nulla hanno fatto per uscire dalle organizzazioni sindacali aderenti alla C.G.I.L.; *di diritto*, perché anche se dalla C.G.I.L. fossero usciti o stessero per uscire in massa tutti i lavoratori appartenenti alla corrente politica cristiana, questo non basterebbe a rendere « impossibile » il conseguimento dello scopo. Non bisogna infatti confondere la « *possibilità* » (« attuabilità » dice l'articolo 42 Cod. civ.) del conseguimento di tale scopo, colla *attualità* di esso: la possibilità di un'azione unitaria continua a sussistere, anche se una parte dei lavoratori sono attualmente fuori dalla C.G.I.L., per il solo fatto che la C.G.I.L. continua ad essere aperta anche in avvenire a tutti i lavoratori « senza nessuna distinzione di opinioni politiche o « religiose ». (Si noti che anche prima del dissenso attuale, numerosi gruppi di lavoratori erano rimasti fuori dalla C.G.I.L., e magari si erano organizzati in sindacati liberi indipendenti da essa, senza che mai nessuno avesse creduto di poter neanche supporre che la C.G.I.L. fosse venuta meno per impossibilità di conseguire il suo scopo!). In realtà quello che finora è accaduto nell'interno della C.G.I.L. è unicamente il ritiro di undici dirigenti, la cui assenza però non impedisce agli organi direttivi dell'associazione di continuare a funzionare secondo il principio maggioritario (art. 10 dello Statuto) colla presenza della maggioranza dei loro componenti: la segreteria, con nove su undici; il comitato esecutivo, con diciotto su ventuno; il comitato direttivo, con sessantaquattro su settantacinque. Si può dire che questo ritiro dagli organi dirigenti di una esigua minoranza dei componenti abbia prodotto *ipso facto*, solo perché questi undici che ne sono usciti hanno tutti una qualificazione politica che giuridicamente è irrilevante, la liquefazione e la sparizione della C.G.I.L.?

5°) E alla fine, quand'anche tutte le considerazioni svolte finora non avessero alcun peso, c'era da tener presente l'art. 27 dello Statuto confederale, il quale dice che « soltanto il Congresso può modificare « lo Statuto o dichiarare lo scioglimento della C.G.I.L. ». A questa obbiezione, la difesa dei ricorrenti rispondeva che nell'art. 27 si deve sottintendere questa aggiunta: « salvo le cause di scioglimento pre- « viste dalle leggi », ossia, qui previste dall'art. 2272 Codice civile.

Ma la difesa della C.G.I.L. replicava prima di tutto mettendo in dubbio che fosse qui invocabile l'art. 2272, che si riferisce alle società semplici, mentre per le associazioni non riconosciute dispone direttamente l'art. 42 Codice civile; e in secondo luogo sostenendo che ove pur fosse invocabile qui l'art. 2272, l'art. 27 dello Statuto riserva in ogni caso al Congresso la dichiarazione di scioglimento della C.G.I.L., qualunque sia la causa, prevista dallo Statuto o prevista dalla legge, dalla quale lo scioglimento deriva; sicché, fino a che il Congresso non si sia pronunciato in proposito, la C.G.I.L. non potrebbe considerarsi sciolta. Né si vedono ragioni per sostenere che questa disposizione dell'art. 27 dello Statuto, che per volontà degli associati riserva al Congresso la dichiarazione di scioglimento dell'associazione *per qualsiasi causa*, non debba esser rispettato, dato che la stessa legge dichiara che, per regolare la vita delle associazioni non riconosciute, hanno pieno valore gli « accordi degli associati » (articolo 36 Cod. civ.).

12. — *b*) Il *fumus boni iuris* mancava, secondo i difensori della C.G.I.L., anche per chi considerasse la domanda sotto il suo secondo profilo: cioè sotto il profilo della tutela cautelare del diritto ad amministrare o a « coamministrare ». Non si nega che in certi casi anche la controversia sul diritto di amministrare possa rientrare in quel concetto di « controversia sulla proprietà o sul possesso » che l'art. 670 Codice di proc. civile adopra in senso molto lato ed elastico: specialmente quando l'amministrazione sia necessariamente congiunta alla detenzione della cosa da amministrare. È noto che l'interpretazione data dalla dottrina e dalla giurisprudenza alla formula adoprata dall'art. 670 è molto larga: si ritiene che esista controversia sul possesso anche fuor dell'àmbito delle azioni reali, quando sia disputato il godimento o la detenzione di una cosa a titolo contrattuale (cfr. Coniglio, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano 1942, pagg. 33-34; Cass., 7 aprile 1946 e 28 luglio 1947, in *Mass. Foro ital.*, 1946, pag. 254 e 1947, pag. 268): e che in certi casi anche la controversia sul diritto ad amministrare possa costituire estremo sufficiente per la concessione del sequestro giudiziario, come esplicitamente ammetteva l'articolo 580 del progetto preliminare Solmi, il quale, accanto all'ipotesi della controversia sulla proprietà o sul possesso, menzionava la ipotesi in cui fosse controverso il diritto di conseguire la consegna o il rilascio di una cosa, di ottenerne l'immissione in possesso, o di assumerne l'amministrazione.

Senonché (diceva qui la difesa della C.G.I.L.) nel nostro caso gli undici ricorrenti non potevano vantare alcun diritto ad amministrare, perché erano venute a cessare in essi, per volontaria rinuncia, quelle

cariche direttive dalle quali essi derivavano i poteri di concorrere all'amministrazione del patrimonio confederale. La controversia sul diritto ad amministrare che può dar luogo a sequestro giudiziario, può aversi quando questo diritto derivi *dalla legge*, come potrebb'essere, ad esempio, nella controversia vertente tra marito e moglie, quando questa chieda la separazione della dote e metta così in questione il diritto del marito a possederla e ad amministrarla.

Ma quando, come qui, il potere (più che diritto) di amministrare sia dato in funzione di un incarico, la rinuncia a questo incarico fa perdere l'unico titolo all'amministrazione, e manca quindi di conseguenza, *prima facie*, ogni titolo per reclamare il sequestro giudiziario dei beni da amministrare. Replicava la difesa dei ricorrenti che essi qui non avevano rinunciato alle cariche direttive, ma ne erano stati revocati ed estromessi (questione di fatto, che si risolve colla semplice lettura dei documenti scambiati tra le parti dal 15 al 27 luglio), e che non era nei poteri né del Comitato esecutivo né del Comitato direttivo della C.G.I.L., sia pur rimasti in carica nella loro grandissima maggioranza, revocare incarichi direttivi conferiti dal Congresso.

13. — Una seconda serie di questioni si profilavano intorno al secondo estremo del sequestro: quello del *periculum in mora*.

I difensori della C.G.I.L. avevano prima di tutto osservato che anche la concessione del sequestro giudiziario è condizionata a una valutazione di opportunità: la quale deve tener conto dell'eventuale pericolo di dispersione o deteriorazione che possa minacciare la cosa controversa, qualora non se ne ordini la custodia. Ciò era espressamente dichiarato dal Codice di proc. civile del 1865, il quale, per il sequestro giudiziario regolato dall'art. 921, esigeva l'estremo del « pericolo di alterazione, sottrazione o deteriorazione »: ma anche oggi, nella formula più concisa adottata dall'art. 670, è certamente compresa nella valutazione di opportunità anche l'indagine sulla sussistenza di questo pericolo.

Qui però, nella prima comparizione dinanzi al Presidente del Tribunale, i ricorrenti avevano dichiarato a verbale che essi avevano la massima fiducia nella correttezza amministrativa dei dirigenti rimasti ad amministrare i beni della C.G.I.L.; sicché riconoscevano che era da escludere in maniera assoluta la esistenza di qualsiasi pericolo di « alterazione, sottrazione o deteriorazione » del patrimonio confederale. Ma questo, essi dicevano, non bastava a far venire meno l'interesse a chiedere il sequestro: il quale, mirava ad evitare che *medio tempore* il patrimonio della C.G.I.L. fosse amministrato soltanto dalla maggioranza dei dirigenti rimasti in carica senza la partecipazione dei dirigenti democristiani, e quindi col pericolo che di quel patrimonio

si disponesse senza tener conto degli interessi dei lavoratori della corrente cristiana, i cui rappresentanti non partecipavano più all'amministrazione.

14. — A questo punto il Segretario generale responsabile on. Di Vittorio, per evitare la possibilità sia pur remota di una misura conservativa che, immobilizzando tutto il patrimonio della C.G.I.L. avrebbe paralizzato, con conseguenze politiche di indubbia gravità, la vita sindacale non solo della Confederazione ma di tutti gli organismi centrali e periferici da essa dipendenti, dichiarò a verbale, dinanzi al Presidente del Tribunale, che egli, pur negando ogni diritto dei ricorrenti alla divisione del patrimonio confederale ed alla amministrazione di esso, era disposto a depositare immediatamente, a scopo cautelare, la somma corrispondente a quel massimo a cui, a giudizio del Tribunale, gli appartenenti alla corrente sindacale cristiana avrebbero potuto aspirare qualora la decisione sul merito fosse stata ad essi favorevole; in sostanza, poiché gli appartenenti alla corrente cristiana erano all'incirca il 13 % degli iscritti, egli era disposto a depositare a titolo di cauzione, nei modi che il Tribunale avesse ordinato, una somma corrispondente all'incirca al 13 % del patrimonio confederale. In questo modo, diceva l'on. Di Vittorio, i ricorrenti avrebbero avuto la assoluta sicurezza che la quota di patrimonio spettante (nella migliore delle ipotesi) alla corrente che essi dicevano di rappresentare, non sarebbe stata *medio tempore* né dispersa né male amministrata; e d'altra parte la C.G.I.L. avrebbe potuto continuare la propria normale attività senza l'intralcio di un sequestro generale, al quale ormai gli stessi ricorrenti non avevano più alcun interesse, se non miravano a trasformarlo in una manovra ostruzionistica, di ordine politico, contro la vita stessa della Confederazione.

Sembrò per un momento che questa equa proposta dovesse intanto far cadere la domanda di sequestro, in luogo del quale potesse essere cautela sufficiente, finché fosse continuato il dibattito sul merito, il deposito offerto dall'on. Di Vittorio; ma alla fine della prima udienza presidenziale la questione del sequestro fu lasciata in sospeso, perché apparve la possibilità di una generale sistemazione anche sul merito: così le trattative furono continuate su un terreno più vasto, e furono alla fine concluse l'11 agosto (come si è detto all'inizio di questa nota) con una sistemazione generale, colla quale i rappresentanti della corrente sindacale cristiana, in corrispettivo del versamento ad essi fatto di una somma globale a stralcio (ventitrè milioni) rinunciarono a qualsiasi azione non solo contro la C.G.I.L., ma anche contro tutti gli organismi dipendenti da essa o ad essa aderenti.

15. — Ma se questa generale sistemazione non avesse fatto cadere anche il procedimento di sequestro, altre questioni processualmente assai interessanti si sarebbero presentate nel proseguimento di esso, soprattutto quando il Tribunale avesse dovuto scegliere il provvedimento da ordinare dopo l'offerta di deposito cauzionale fatta dal Segretario generale della C.G.I.L.

A questo proposito non si deve dimenticare che secondo il Codice di proc. civile oggi vigente, il giudice, oltreché delle misure cautelari *nominate*, ciascuna delle quali ha presupposti suoi proprî determinati dalla legge, si può servire all'occorrenza di quel potere cautelare generale conferitogli dall'art. 700, che gli permette di ordinare, nella forma più idonea a raggiungere caso per caso lo scopo cautelare, « i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, « più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione « sul merito ».

Ora nel nostro caso la soluzione avrebbe potuto forse esser facilitata proprio dal ricorso a questo potere cautelare generale, in virtù del quale avrebbero potuto esser risolti con maggior facilità i varî quesiti che si fossero presentati nella prosecuzione del giudizio cautelare.

E, prima di tutto: di fronte al deposito cautelare offerto dalla C.G.I.L., avrebbe potuto il giudice ordinare il sequestro giudiziario nei limiti della somma offerta, ovvero avrebbe dovuto rigettare la domanda di sequestro per difetto di interesse, e dare atto dell'avvenuto deposito? Si potrebbe pensare che invece del sequestro giudiziario fosse meglio appropriato qui quella speciale forma di sequestro che l'art. 687 Codice di proc. civile prevede per le somme che il debitore mette a qualunque titolo a disposizione del creditore; ma forse la via dell'art. 700 era più comoda, perché essa avrebbe permesso al giudice di dare atto della cauzione volontariamente offerta dalla C.G.I.L. e di plasmare nelle forme più idonee e meno ingombranti il vincolo della somma depositata a cauzione.

Senonché nella prima fase della discussione, gli esponenti della corrente sindacale cristiana avevano fatto osservare che il solo deposito vincolato della somma offerta a cauzione dalla C.G.I.L. non era sufficiente ai loro scopi; perché, fino a che questa somma rimanesse depositata, essi non avrebbero potuto servirsene per finanziare *medio tempore* la loro attività sindacale. Per andare incontro anche a questo loro desiderio, si discusse allora sulla possibilità di trovare una forma di provvedimento cautelare che, pur vincolando la somma, autorizzasse però gli interessati a servirsene sotto la loro responsabilità fino alla concorrenza di una certa cifra, obbligandosi a reintegrarla nel caso che la decisione di merito fosse alla fine stata contraria: per arrivare

a questo scopo si era pensato o ad una forma di sequestro giudiziario limitato alla somma offerta a cauzione e accompagnata dall'autorizzazione data al sequestratario (art. 676 Codice di proc. civile) di erogarne una parte a fini sindacali; o meglio a un provvedimento *innominato*, fondato sull'art. 700, che consentisse con adeguate cautele questa parziale e condizionata erogazione della somma vincolata.

Un altro problema di forma si sarebbe presentato ove si fosse trattato di trovare il provvedimento cautelare meglio idoneo a garantire, *medio tempore*, il diritto dei dirigenti democristiani a « coamministrare » il patrimonio confederale. Qualora il giudice avesse ritenuto che questa pretesa si presentasse *prima facie* talmente seria da meritare una tutela cautelare, la forma più appropriata a tale scopo sarebbe stata il sequestro giudiziario, ovvero qualche altro provvedimento più aderente, secondo l'art. 700, alle circostanze del caso concreto?

Se a tutela di questo preteso diritto a « coamministrare » spettante agli undici dirigenti usciti di carica, si fosse ordinato il sequestro giudiziario di tutto il patrimonio confederale, affidando l'amministrazione di esso ad un solo sequestratario, si sarebbe verificata questa assurda situazione: che per tutelare il contestabile diritto a coamministrare vantato dagli undici amministratori usciti di carica, si sarebbe sacrificato l'incontestato diritto ad amministrare certamente spettante ai sessantaquattro amministratori rimasti in carica! Molto meno assurdo sarebbe apparso, casomai, un provvedimento dettato per così dire « su misura » in base all'art. 700, che avesse nominato un amministratore giudiziario destinato a prendere provvisoriamente il posto, nel Comitato esecutivo e nel Comitato direttivo della C.G.I.L., dei soli undici dirigenti esclusi, per controllare, in loro vece e nel loro interesse, l'amministrazione tenuta dagli altri sessantaquattro dirigenti rimasti in carica.

Se un caso simile si fosse verificato nell'amministrazione di una società per azioni, l'autorità giudiziaria avrebbe avuto, in base all'art. 2409 Codice civile, il potere generico di « disporre gli opportuni « provvedimenti cautelari », che meglio corrispondessero alle concrete esigenze del caso: crediamo che qualcosa di simile avrebbe potuto fare anche qui il giudice in base all'art. 700 Codice di proc. civile, prima di ordinare un sequestro giudiziario generale di tutto il patrimonio confederale, che sarebbe stato in realtà una misura sproporzionata ed eccedente di gran lunga i limitati scopi cautelari che i ricorrenti dicevano di voler raggiungere.

16. — Da questa specie di catalogo di questioni appena enunciate, ma non risolte né approfondite, durante il dibattito, vengono fuori non soltanto alcuni aspetti interessanti e nuovi, messi in luce dalle

esigenze della pratica, del sequestro giudiziario e in generale di tutta la materia cautelare; ma soprattutto appare la insufficienza delle poche norme che regolano nel Codice civile le associazioni non riconosciute, di fronte a questa imponente realtà sociale che sono le associazioni sindacali, che coinvolgono la vita economica e sotto certi aspetti politica di tutta la nazione, e che invano si tenta di incasellare negli scarsi e scarni schemi del diritto privato. Questioni analoghe già sono sorte di recente quando nell'interno di alcuni partiti (il partito d'azione prima, il partito socialista poi) si verificarono scissioni tra le varie correnti, che portarono, al centro e alla periferia, a dibattiti sulla ripartizione del patrimonio e a richieste di provvedimenti cautelari sul medesimo; ed anche allora per risolvere i problemi pratici posti dalla esistenza di questi organismi complessi e ramificati quali sono oggi i grandi partiti, apparve la inadeguatezza di quelle poche disposizioni che regolano nel Codice civile le associazioni non riconosciute.

In verità chi si avvicina a studiare nei suoi congegni positivi un organismo vasto e complesso come può essere oggi un grande partito, o più ancora come può essere una grande organizzazione di lavoratori del tipo della C.G.I.L., si rende conto che soltanto per una funzione giuridica che più non corrisponde alla realtà sociale si continua qui a ragionare coi vecchi schemi del Codice civile. Basta affacciarsi alla vita di questi organismi, per sentirsi in pieno nel diritto pubblico, anzi nel diritto costituzionale.

E forse l'irrequietezza politica nella quale siamo condannati a vivere, deriva proprio da questo: nel non avere ancora trovato la strada per dare a questi ordinamenti dei partiti e dei sindacati, che di fatto fremono e ribollono sotto la scorza della Costituzione, uno sbocco apertamente costituzionale.

XXIV

QUESTIONI SULL'AMMISSIBILITÀ DEI LODI PARZIALI E SULLA LORO IMPUGNAZIONE (*)

1. — In un giudizio di arbitri di equità, espressamente svincolati dall'osservanza delle « formalità di procedura », furono pronunciate, a distanza di circa due anni l'una dall'altra, due decisioni di merito, entrambe qualificate « sentenze », entrambe depositate e rese esecutive a norma dell'art. 825 Cod. proc. civile. Colla prima gli arbitri decisero una parte delle questioni di merito ad essi sottoposte e contemporaneamente disposero, *con separata ordinanza*, mezzi istruttorî ritenuti necessari per la decisione delle questioni restanti; le quali, dopo l'assunzione dei mezzi istruttorî, furono definitivamente decise colla seconda.

Il primo lodo parziale fu depositato nel termine e reso esecutivo dal pretore; ma poiché, frattanto, il giudizio arbitrale, come si è detto, continuava, la parte soccombente, in attesa della definizione del giudizio, lasciò decorrere senza proporre impugnazione il termine di un anno stabilito dall'ultimo comma dell'art. 828 Cod. proc. civ. Quando, dopo circa due anni, gli arbitri ebbero pronunciato anche il lodo definitivo, nel termine di trenta giorni decorrente dalla notificazione di questo (art. 828) la parte soccombente propose, dinanzi alla Corte d'appello di Genova, impugnazione *contro tutt'e due le sentenze arbitrali* per motivi di nullità che la investivano entrambe.

La Corte di appello di Genova, senza neanche proporsi il problema della natura processuale della prima sentenza (che la stessa parte che aveva proposto l'impugnazione aveva dimostrato di voler considerare come una vera e propria sentenza, idonea ad essere impugnata e a passare in giudicato), ritenne che la impugnazione contro di essa fosse improponibile, perché era decorso più di un anno dalla data del provvedimento col quale era stata dichiarata esecutiva, e che, di conseguenza, essa costituisse ormai giudicato; e, in quanto

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale*, a. III, 1948, P. II, pagg. 260-275; ristampato in *Studi*, VI, pagg. 195-209]. [*Bibliografia*, n. 472].

alla impugnazione contro la sentenza definitiva, la rigettò per infondatezza.

Contro la sentenza della Corte di Genova la parte soccombente nel giudizio arbitrale e nel giudizio di nullità ricorse alla Corte di cassazione, qui per la prima volta lamentando che gli arbitri avessero dato il nome di sentenza parziale a un provvedimento che in realtà non poteva essere che una ordinanza, e di conseguenza lamentando che la Corte di Genova avesse considerato come passato in giudicato un provvedimento che di sentenza aveva solamente il nome, ma che in realtà era e restava soltanto un'ordinanza revocabile.

E la Corte di cassazione, colla sentenza che qui si annota, ha ritenuto fondato ed assorbente questo motivo, ed ha per questo annullato la sentenza della Corte di Genova.

2. — Il tema che è oggetto della prima massima, aveva finora in dottrina e in giurisprudenza scarsi precedenti. Tra i commentatori del nuovo Codice il CARNELUTTI (*Ist.*[2], n. 622) è di avviso contrario a quello oggi manifestato dalla Corte Suprema: « il lodo decisorio può essere pronunciato in una o più volte, ossia, come una sentenza, così vi può essere un lodo parziale o interlocutorio »; lo stesso avviso manifesta il SATTA nel suo recentissimo *Diritto processuale civile*, n. 83, pag. 522: « Non sono previste espressamente le sentenze parziali, ma è da ritenere che queste non siano escluse quando le parti stesse abbiano chiesto la pronuncia anticipata degli arbitri su determinate domande (es. provvisionali) ».

In senso opposto, cioè nello stesso senso in cui oggi si è pronunciata la Cassazione, si è espresso l'ANDRIOLI (*Comm.*[2], III, pag. 558), il quale ritiene che nella procedura arbitrale l'ordinanza ha « un impiego assai più ampio di quel che non le sia riservato avanti il giudice ordinario, per la semplice ragione che manca in essa il parallelo della sentenza parziale; invero, mentre si parla sempre di lodo e mai di lodi, manca nel codice vigente una norma analoga a quella dell'art. 34 vecchio Codice ».

In giurisprudenza c'era finora soltanto una sentenza della Corte d'appello di Roma (*Foro it.*, 1947, I, 1035), la quale, respingendo un'azione di nullità proposta contro un lodo parziale, ritenne che questa forma di pronuncia sia implicitamente ammissibile anche sotto il codice vigente quando si presentino nel corso del giudizio arbitrale questioni di merito già mature per una separata decisione, mentre la forma dell'ordinanza sarebbe prescritta soltanto per le questioni istruttorie, come nel processo dinanzi ai giudici.

Oggi la Suprema Corte ha portato nella questione il peso della sua autorità. Ma la sua decisione, nonostante il riconosciuto altissimo

valore dell'estensore, ci lascia perplessi non tanto per la massima, sulla quale non è facile scegliere tra le due opposte opinioni, quanto per le conseguenze che la Corte ne ha tratto nel caso concreto.

3. — La Corte di cassazione, per risolvere la questione, ha dato gran peso agli argomenti letterali.

È noto che mentre il codice del 1865 prevedeva espressamente, nell'art. 44, 3° comma, la possibilità che gli arbitri pronunciassero, nel corso del procedimento arbitrale, una o più sentenze « non definitive » (o « interlocutorie »), ciascuna delle quali dava luogo a una proroga del termine stabilito per la definizione del giudizio (sicché nella pratica accadeva assai spesso che gli arbitri, in prossimità della scadenza del termine, ricorressero, per ottenere una proroga, all'espediente di pronunciare una sentenza interlocutoria di cui in realtà non vi sarebbe stato bisogno) (1), il Codice oggi in vigore non soltanto non prevede la possibilità che nel giudizio arbitrale gli arbitri pronuncino altro lodo (al singolare!) che non sia quello finale, né considera la pronuncia di un lodo non definitivo tra le cause di proroga del termine (art. 820), ma contiene anzi una disposizione, la quale sembra dettata proprio per vietare tale pronuncia e per imporre agli arbitri di servirsi, in tutti quei casi che sotto il vecchio codice davano luogo alla pronuncia di un lodo interlocutorio, della forma più semplice della ordinanza (art. 816, ult. comma: « su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento, prima della pronuncia del lodo, gli arbitri provvedono con ordinanza non soggetta a deposito, e revocabile tranne che nel caso previsto dall'art. 819 »).

A questi argomenti si aggiungerebbe, secondo la sentenza annotata, l'art. 228 disp. att. Cod. proc. civ. (r. d. 18 dicembre 1941, n. 1368), il quale, stabilendo che anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice « sono salvi gli effetti dei lodi interlocutorî già depo- « sitati all'entrata in vigore del codice », farebbe chiaramente intendere, *a contrario*, che dopo l'entrata in vigore del nuovo codice la pronuncia di lodi interlocutorî non è più ammessa.

4. — Devo dire francamente che questi argomenti, di carattere strettamente esegetico e letterale, non mi fanno molta impressione.

Che il Codice vigente parli sempre di « lodo » al singolare e non di « lodi » al plurale, non mi par che basti per escludere la possibilità di lodi parziali, come la possibilità di sentenze parziali nel

---

(1) Su questo abuso cfr. MATTIROLO, *Trattato*[5], I, pag. 765; MORTARA, *Comm.*, III, pagg. 129-130.

processo ordinario non è esclusa dalle numerosissime disposizioni del codice che parlano di « sentenza » al singolare (a cominciare dall'art. 132!). D'altra parte è noto che per il processo ordinario non si potrebbe dire che la ordinanza del nuovo Codice abbia preso esattamente il posto della sentenza interlocutoria del vecchio Codice: in realtà a quei provvedimenti di svariata natura, su questioni attinenti al processo o al merito, che secondo il vecchio Codice erano compresi tutti quanti sotto la forma generica e indiscriminata della sentenza interlocutoria (ed era poi compito della dottrina distinguere e suddistinguere i vari tipi di questa), corrispondono sotto il Codice oggi vigente due diverse forme, l'*ordinanza* e la *sentenza parziale*, delle quali la legge precisa la diversa funzione (artt. 176, 177, 187, 277, 278, 279, 280: cfr. in proposito la circolare del Guardasigilli, 14 aprile 1942, n. 2690, nn. 7 e segg.); sicché l'interpretazione logica porterebbe a far ritenere che anche l'ultimo comma dell'art. 816, quando dispone che « su tutte le questioni che si presentano nel corso « del procedimento... gli arbitri provvedono con ordinanza », debba intendersi nel senso che gli arbitri debbono provvedere con ordinanza su tutte le questioni, per la cui decisione il sistema del nuovo Codice prescrive la forma dell'ordinanza, senza con ciò escludere che anche nel giudizio arbitrale possa essere adoprata la sentenza parziale in tutti quei casi in cui, secondo il sistema del nuovo codice, questa, e non l'ordinanza, è la forma meglio appropriata.

5. — Piuttosto, meglio che con argomenti strettamente esegetici, la questione può essere proficuamente discussa su un piano razionale e sistematico: si tratta di vedere se, nel silenzio della legge, vi siano tra la struttura e le finalità del processo giudiziario e del processo arbitrale tali differenze profonde da far ritenere che il secondo escluda per sua natura la possibilità di sentenze parziali ammessa nel primo: se cioè i particolari scopi, per i quali la legge riconosce, accanto al processo giudiziario, quello arbitrale, siano tali da rimanere, qualora si aprisse il varco ai lodi parziali, insoddisfatti e frustrati.

È noto che uno degli ideali, al quale il nuovo codice ha cercato di ispirarsi e di approssimarsi in pratica, è stato quello di concentrare in una sola sentenza finale la decisione di tutte le questioni di merito: per questo sono state abolite le sentenze interlocutorie, che davano luogo a lussureggianti ramificazioni di impugnazioni, tutte germoglianti da un unico tronco (purtroppo questa parassitaria vegetazione sta per rifiorire, colla imminente [?] entrata in vigore del decreto 5 maggio 1948, n. 483); per questo al posto delle sentenze interlocutorie separatamente impugnabili sono state introdotte le ordinanze non impugnabili. L'ideale del lodo non è dunque un ideale proprio

soltanto del processo arbitrale; *anche nel processo giudiziario c'è l'ideale della sentenza unica.* E tuttavia, nel processo ordinario, con questo ideale teorico si è ritenuto conciliabile il temperamento pratico delle sentenze parziali, le quali, anche se producono l'inconveniente di frazionare la decisione del merito in più sentenze, hanno però il vantaggio di portare la certezza durante il processo sulle questioni già mature, senza distruggere il principio della unità della sentenza, che torna ad imperare nei gradi superiori, attraverso il divieto della impugnazione separata delle sentenze parziali (art. 339, 2° comma; art. 360, ult. comma).

Non mi pare dunque che si possa sostenere che nel giudizio arbitrale vi sia un'assoluta incompatibilità tra lo scopo, al quale esso normalmente tende, di definire con un unico lodo tutte le controversie oggetto del compromesso, e la possibilità, sia pure eccezionale, di una decisione frazionata in uno o più lodi parziali. Dire, come ha detto la Cassazione, che nel giudizio arbitrale la legge « ha concentrato la decisione in una sola sentenza, come unico e indivisibile è il compromesso per cui tutte le controversie debbono essere decise insieme », vuol dire, se non erro, trascurare che anche sotto il vecchio codice il compromesso era unico e indivisibile, e tuttavia la legge esplicitamente ammetteva il frazionamento della decisione arbitrale in più lodi non definitivi. È proprio questa testuale testimonianza del vecchio codice che esclude *per tabulas* la incompatibilità tra arbitrato e pluralità di lodi, ritenuta dalla Cassazione: anche nell'arbitrato può presentarsi, come bene ha rilevato la già ricordata sentenza 2 settembre 1947 della Corte d'appello di Roma, la esigenza di una decisione parziale sulle questioni di merito già mature, col vantaggio di poter semplificare la discussione, che, nel seguito del processo, rimane concentrata su quelle che hanno bisogno di una ulteriore istruttoria.

6. — Qualche altra considerazione, di cui la Cassazione non ha tenuto conto, avrebbe, viceversa, potuto essere addotta a sostegno della sua opinione. Da una quantità di disposizioni appare che il legislatore ha voluto dare al procedimento arbitrale un ritmo più celere (art. 820) e un rito più semplice di quello del procedimento dinanzi ai giudici: il divieto di lodi parziali, ognuno dei quali non potrebbe non esser causa di ritardi e di proroghe, potrebb'essere suggerito appunto da questa maggiore celerità, ch'è propria del procedimento arbitrale a paragone di quello giudiziario. D'altra parte potrebb'essere una riprova del divieto il fatto che la legge vigente non consideri tra le cause di proroga del termine la pronuncia di un lodo parziale, e che ignori il lodo parziale fino al punto di non

curarsi di impedire la impugnazione separata di esso, per garantire che almeno in sede di impugnazione sia ristabilita la unicità della decisione arbitrale. E si potrebbe anche aggiungere, per ritenere equivalente a divieto il silenzio tenuto dal nuovo codice sui lodi parziali, un argomento di carattere storico: cioè l'abuso di lodi interlocutorî invalso nella pratica del vecchio codice, contro il quale è verosimile che il nuovo legislatore abbia voluto reagire col divieto.

Gli inconvenienti della decisione frazionata possono apparir anche più evidenti quando si tratti di un arbitrato di amichevoli compositori; nel quale può sembrare repugnante a una decisione di equità (che per sua natura richiede una valutazione complessiva e contemporanea di tutto il rapporto controverso, allo scopo di confrontarne i vari aspetti e controbilanciarne le opposte esigenze) sminuzzare la visione sintetica della controversia in tante questioni separate, come invece può essere opportuno, per meglio ragionare a fil di rigorosa logica, in una decisione di stretto diritto; ma a questo argomento è lecito obiettare che la legge non considera la sentenza parziale incompatibile coi giudizi di equità, visto che non vieta al giudice, investito di poteri equitativi a norma dell'art. 114, di pronunciare sentenze parziali negli stessi casi in cui ciò è permesso ai giudici di diritto.

Si potrebbe infine osservare a favore della tesi accolta dalla Cassazione che se, per l'art. 829, n. 4, è impugnabile per nullità la sentenza arbitrale quando non abbia pronunciato « su alcuni degli oggetti del compromesso », questo parrebbe dover escludere la possibilità di un lodo parziale, che, appunto perché destinato per sua natura a pronunciarsi solo su una parte degli oggetti del compromesso, sarebbe in ogni caso nullo. Ma anche qui si può rispondere che sotto il codice precedente, dove pure era previsto questo stesso motivo di nullità (art. 32, n. 1), era espressamente ammessa dall'art. 34 la possibilità di una sentenza arbitrale « non definitiva »: il che evidentemente dimostrava che dalla nullità per omessa pronuncia non era lecito (e non è) desumere la inammissibilità delle sentenze parziali, le quali, se decidono definitivamente una parte delle questioni, non si può dire che omettano di pronunciare sulle altre, quando su di esse riconoscono necessaria una ulteriore istruttoria, disposta con apposita ordinanza.

7. — Si tratta dunque di una questione molto discutibile, in cui è difficile arrivare a una conclusione sicura: tantoché, dopo aver lungamente meditato sul problema, l'interprete potrebbe sentirsi tratto a concludere con un *non liquet*.

Ma, come ho già detto, i punti sui quali più grave è il dissenso

colla sentenza qui annotata, sono altri. Ammettiamo, anche per ipotesi, che sia esatta la opinione preferita dalla Cassazione, secondo la quale la legge non consentirebbe agli arbitri di pronunciare lodi parziali; ma, anche partendo da questa premessa, si può esser d'accordo colla Corte Suprema quando ha ritenuto che un lodo siffatto, *pronunciato da arbitri di equità*, potesse, nonostante la sua qualificazione di sentenza, e il decreto di esecutorietà, e tutti i crismi formali del giudicato su di esso impressi, essere retrocesso a semplice ordinanza e trattato in sede di impugnazione non per quello che era secondo la volontà degli arbitri, ma per quello che, secondo la Cassazione, avrebbe dovuto essere?

Altra infatti è la questione della esistenza nel Codice di una regola che vieta agli arbitri la pronuncia di un lodo parziale, ed altra è la questione delle conseguenze che si verificano ove gli arbitri (di equità) non si siano attenuti a questo divieto. Quale efficacia ha il lodo parziale pronunciato senza tener conto di questo divieto?

Come sentenza, il lodo parziale era qui certamente passato in giudicato; e in ogni modo su questo punto la Corte Suprema non ha censurato la decisione della Corte d'appello di Genova, la quale aveva ritenuto che il lodo parziale, non impugnato nel termine di un anno prescritto dall'ultimo comma dell'art. 828, dovesse considerarsi formalmente passato in giudicato.

La Corte Suprema avrebbe potuto censurare questo punto: ritenere, per esempio, che la Corte di Genova avesse sbagliato dichiarando il lodo parziale impugnabile separatamente dal lodo definitivo, e suscettibile quindi di passare in giudicato da sé solo. Ma, invece, su questo punto la Corte Suprema non ha detto nulla: e pur implicitamente ammettendo che, se quel provvedimento fosse stato una sentenza, bene si sarebbe dovuto ritenerla passata in giudicato, si è limitata a negare che questa fosse una sentenza, ed ha rimandato la causa per nuovo esame alla Corte di rinvio, prescrivendole di uniformarsi al principio che « il provvedimento con cui gli arbitri, prima della pronuncia del lodo, risolvono questioni presentatesi nel corso del procedimento, conserva la natura e gli effetti dell'ordinanza revocabile prevista nell'ultimo comma dell'art. 816 Cod. proc. civ., *ancorché tale provvedimento abbia assunto col deposito e con la dichiarazione di esecutività, l'apparenza della sentenza parziale* ».

Si tratterebbe dunque di una *sentenza meramente apparente*, il cui contenuto vero sarebbe rimasto però quello di un'ordinanza: gli arbitri avrebbero dato vita a un provvedimento che, per la sua funzione e per i suoi effetti, era un'ordinanza, ma lo avrebbero erroneamente rivestito di una qualificazione e di una forma diversa e più solenne di quella che sarebbe stata adeguata al caso; e il pretore,

coll'aggiungere al lodo parziale il decreto di esecutorietà, non si sarebbe accorto che apponeva il suggello giurisdizionale sopra una mera apparenza, dietro la quale c'era soltanto un provvedimento molto più modesto e molto meno resistente della forma sproporzionata entro la quale era racchiuso.

Ma qui, come è facile intendere, vien fuori una questione grossa: quella del valore dell'*apparenza* nel diritto processuale, e della discordanza tra il contenuto di un provvedimento e la forma di cui è rivestito.

La questione che qui la Corte di cassazione ha sfiorato può essere posta in termini generali, che escono dal ristretto campo dell'arbitrato per investire tutta la materia dei provvedimenti giudiziari. Se un giudice, nell'emanare un certo provvedimento, gli dà una denominazione ed una forma diversa da quella che per quel caso sarebbe prescritta dalla legge, quali norme si dovranno seguire per l'impugnazione di questo provvedimento: quelle corrispondenti alla natura vera del provvedimento o quelle corrispondenti alla forma apparente di cui esso per errore è stato rivestito? E se tra queste due serie di norme passano rilevanti divergenze pratiche (in quanto, per esempio, l'impugnazione non è ammessa se si guarda al contenuto del provvedimento, ma è ammessa se si guarda alla forma; oppure il termine di impugnazione ha diversa decorrenza o diversa durata; oppure diversamente regolata è la possibilità e l'efficacia del passaggio in giudicato), a quali si dovrà dare la prevalenza ed attenersi in sede di impugnazione?

La Cassazione, nella sentenza che qui annotiamo, ha energicamente affermato come principio generale che il contenuto del provvedimento dovrebbe in ogni caso prevalere sulla sua forma: « ... per « definire la natura del provvedimento dal quale discenderebbe la « cosa giudicata, devesi aver riguardo non alla forma ma alla sostanza « di esso, in relazione alle norme regolatrici della materia ».

Nello stesso senso la Cassazione si è pronunciata in altri casi in cui, presentandosi agli effetti della impugnazione di un provvedimento un cosiffatto contrasto, ha ritenuto che la sostanza dovesse prevalere sulla forma (2); ma non mancano decisioni con cui la stessa Cassazione ha viceversa affermato, in altri casi dello stesso genere, la prevalenza della forma sulla sostanza (3). E questo oscillare della giurisprudenza

---

(2) Cass. 24 settembre 1946, *Foro ital.*, 1946, I, 906 (ordinanza di convalida di sfratto); 13 agosto 1947, *ibid.*, 1947, I, 705 (convalida di sentenze del periodo della « repubblica sociale »).

(3) Cass. 19 settembre 1946, *Foro ital.*, 1946, I, 906. Per la giurisprudenza anteriore, cfr. *Giur. Cass. civ.*, XV, 605; v., ora, Minoli, *Giur. ital.*, 1948, IV, 131, nota 4.

mostra la perplessità della stessa Suprema Corte su una questione talmente connessa a talune nozioni centrali di tutto il processo (come sarebbe quella della forma degli atti processuali e delle loro nullità; e quella del giudicato in senso formale), che non è lecito risolverla alla leggera, senza avvertire alle conseguenze e alle ripercussioni di carattere generale che essa porta con sé. Questa è in verità una materia che meriterebbe una lunga indagine critica: e mi auguro che questa nota possa incitare qualche studioso a riprendere in attento esame tutte le decisioni apparse sull'argomento in questi ultimi anni, perché ho il vago sospetto che attraverso questa giurisprudenza si vada allargando nella pratica, senza che la dottrina vi abbia fatto caso, quel concetto di « inesistenza » della sentenza, che i processualisti diciamo così « classici », quando addirittura non lo negavano, restringevano a pochi casi eccezionalissimi, e che ora invece rischia di diventare un affare di ordinaria amministrazione, tale da sovvertire in maniera pericolosa, se si continuasse su questa strada, il sistema delle impugnazioni e la nozione stessa della cosa giudicata formale.

È noto che, quantunque tutti i processi moderni, per garantire la stabilità dei giudicati, abbiano accolto il principio, oggi codificato anche all'articolo 161 del nostro Codice, secondo il quale il decorso dei termini di impugnazione preclude il diritto di far valere le nullità della sentenza, le quali in tal modo, col passaggio in giudicato di essa, rimangono per sempre sanate (cosiddetto « assorbimento » delle nullità nelle impugnazioni), la dottrina riconosce che, accanto a questi casi di nullità sanabile (*annullabilità*) della sentenza, possono esservi casi di *nullità assoluta* o addirittura di *inesistenza* giuridica della sentenza, che possono esser sempre rilevati in via di mero accertamento anche dopo il passaggio in giudicato di essa (4). Ma si tratta di casi rarissimi che tutti gli scrittori sono d'accordo nel restringere a pochi esempi di scuola.

Tra questi casi eccezionalissimi per i quali si parla di sentenza *inesistente* o di sentenza *apparente* (*Nichturtheil* o *Scheinurtheil* della dottrina tedesca), si fa rientrare il caso della pronuncia emessa da chi non è giudice, o della pronuncia che manchi di quel minimo di forme che la legge esige perché si abbia una sentenza (per es. una sentenza *non scritta*). Ma tra gli esempi che la dottrina adduce con estrema cautela in questa delicata materia, non ho mai sentito dire che qualcuno abbia citato il caso della sentenza formalmente perfetta, pronunciata dal giudice in un caso in cui secondo la legge egli avrebbe dovuto dare al suo provvedimento una forma meno solenne di quella

---

(4) Cfr. Chiovenda, *Ist.*, II, n. 379.

che egli, sia pur per errore, ha voluto darle. Si può dire che il semplice errore di forma (che qui sarebbe un errore per eccesso, non per difetto) possa produrre la *inesistenza* della sentenza o far considerare questa come mera *apparenza*? Qui la sentenza è formalmente esistente: qui c'è un giudice che *ha voluto* pronunciare una sentenza, con quel contenuto ed in quella forma; qui c'è una decisione, formalmente e sostanzialmente idonea a passare in giudicato. Come si può sul serio parlare qui di sentenza « apparente », cioè adoprare qui la stessa nozione con cui si può qualificare, ad esempio, la pronuncia emessa dal privato che s'insedia per scherzo sulla poltrona del giudice e figura di sentenziare come se fosse un giudice vero?

È noto che la tripartizione dei provvedimenti del giudice fatta dalla legge (art. 131) è basata *unicamente* su criteri di forma: è sentenza quel provvedimento che ha la forma di sentenza; è ordinanza quello che ha la forma di ordinanza; e così per il decreto. Di regola a queste tre forme corrisponde anche un diverso contenuto e una diversa funzione; ma in proposito non esiste una regola sicura, perché la forma che deve avere il provvedimento del giudice è stabilita dalla legge caso per caso (5), e può accadere che in un caso in cui, se si guardasse alla funzione del provvedimento, parrebbe più idonea a fil di logica la forma di sentenza, la legge prescriva o permetta che si adopri invece la forma di ordinanza; o viceversa. Di siffatte incongruenze il Codice precedente era pieno (6) ma esse sono frequenti anche nel Codice attuale; e se fosse lecito all'interprete di verificare in ogni caso se la forma del provvedimento corrisponde alla funzione sostanziale, e di qualificare in ogni caso il provvedimento non per quello che è, ma per quello che avrebbe dovuto essere se la sua forma avesse meglio corrisposto al suo contenuto, questo porterebbe, com'è facile intendere, al caos processuale!

Si aggiunga infine che anche la scelta della forma da dare al provvedimento è un atto di volontà del giudice; è una esplicazione del suo potere giurisdizionale. La sentenza pronunciata dal giudice in un caso in cui per legge avrebbe dovuto pronunciare un'ordinanza vale, se non altro, come volontà di dare a quel provvedimento la forma di sentenza: questa volontà del giudice, manifestata in forma di sentenza, sarà giuridicamente sbagliata, sarà annullabile, sarà impugnabile; ma non si può dire che sia giuridicamente *inesistente*, o che sia una mera apparenza sotto la quale, senza bisogno di tempestiva impugnazione e in virtù di una specie di inusitata *conversione* del

---

(5) Carnelutti, *Ist.*, I, n. 342.

(6) Chiovenda, *Ist.*, I, n. 301.

provvedimento giurisdizionale, dovrebbe mettersi allo scoperto, in luogo della sentenza che sola esiste e che il giudice ha voluto, *una ordinanza che il giudice non ha voluto, e che quindi non è mai esistita.*

(Si rimane un po' disorientati a leggere, nella decisione qui adottata, che « quello che ha rilevanza non è la volontà degli arbitri, ma la obiettiva considerazione del provvedimento emesso »; ma se è proprio vero che la volontà soggettiva del giudice non ha rilevanza, che cosa rimane di oggettivo se non la *forma* del provvedimento, che qui era appunto di sentenza e non di ordinanza?).

8. — Queste considerazioni avrebbero dovuto avere un particolare rilievo nel nostro caso, in relazione alle speciali norme dettate dalla legge per il procedimento arbitrale e per la impugnazione dei lodi.

Evidentemente il collegio arbitrale che pronunciò un lodo parziale là dove, secondo la Corte Suprema, avrebbe dovuto pronunciare una semplice ordinanza, era incorso ad avviso della Corte nella inosservanza di una norma del procedimento (*error in procedendo*), cioè della norma contenuta nell'ultimo comma dell'art. 816. Ora la inosservanza di una norma attinente alla forma del procedimento non può esser invocata come motivo di nullità del lodo arbitrale se non nel caso previsto dall'art. 829, n. 7 (« se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità, quando le parti ne avevano stabilita l'osservanza a norma dell'art. 816 e la nullità non è stata sanata »): si può dire che nel nostro caso la violazione commessa dagli arbitri nel dar la forma di sentenza a un provvedimento, che la legge avrebbe voluto rivestito della forma di ordinanza, costituisse la inosservanza di una forma « prescritta a pena di nullità », di cui espressamente le parti avessero imposto agli arbitri l'osservanza?

Basta porre il problema per risolverlo. Si trattava qui di un arbitrato di equità: nel compromesso gli arbitri erano stati espressamente svincolati dall'osservanza delle regole di procedura. Essi avevano dunque « facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritenessero più opportuno » (art. 816, 2° comma). Se essi arbitri di equità avevano ritenuto opportuno, *nell'esercizio di tale loro facoltà*, frazionare la decisione del merito in uno o più lodi parziali, e dare la forma di lodo parziale a un provvedimento che, secondo le regole di procedura, avrebbe dovuto avere la forma di un'ordinanza, come si può ritenere che questo costituisse un motivo di nullità del lodo arbitrale ai sensi dell'art. 829, n. 7?

La regola, secondo la quale gli arbitri non potrebbero pronunciare sentenze parziali, sarebbe in ogni caso scritta (anche se si accetta l'opinione della cassazione) per gli arbitri ai quali le parti abbiano

prescritto l'osservanza di tale regola (art. 816); altrimenti gli arbitri sono svincolati dall'osservarla, ed essi per decidere possono adoprare quella forma di provvedimento che meglio sia idonea al raggiungimento del loro scopo (art. 131). Qui lo scopo degli arbitri era di decidere una parte delle questioni, cioè quelle che già erano mature a decisione; come si può sostenere che a questo scopo non fosse idonea la forma di sentenza parziale, che essi credettero di poter adottare?

Anche se dinanzi alla Corte d'appello di Genova il lodo parziale, in sede di impugnazione per nullità, fosse stato impugnato per questo motivo, la Corte avrebbe dovuto respingere questo motivo di nullità, perché la forma di ordinanza suggerita dall'ultimo comma dell'art. 816 *non è prescritta « sotto pena di nullità »*, e perché le parti *non ne avevano espressamente stabilita l'osservanza.*

Ma in realtà, in sede di impugnazione per nullità, *questo motivo di impugnazione non era stato neanche proposto*: anche in sede di impugnazione il lodo parziale era stato trattato *come una sentenza e non come una ordinanza*, e non era stato in alcun modo negato, dalla stessa parte soccombente che proponeva l'impugnazione, che gli arbitri avessero il potere di pronunciare in quel caso un lodo parziale. Questo motivo di nullità è stato proposto per la prima volta in cassazione, in sede di ricorso contro la sentenza della Corte di Genova che aveva respinto la impugnazione del lodo parziale, basata su motivi di nullità diversi da questo: e la Corte di cassazione ha ritenuto che questo motivo di nullità del lodo, quantunque costituente una questione nuova, fosse rilevabile per la prima volta in cassazione, in quanto la necessità di proporre tale questione « è sorta in seguito alla sentenza della Corte di Genova »: la quale, a quel che pare, avrebbe dovuto capire da sé e rilevare d'ufficio che quel provvedimento, qualificato dagli arbitri e dal pretore come sentenza, in realtà non era una sentenza e non poteva passare in giudicato...

Ma come si può sostenere che la Corte di Genova potesse rilevare d'ufficio una nullità non comminata espressamente dalla legge, non stabilita dalle parti compromittenti e, quello che è ancor più importante, non denunciata come tale nella impugnazione?

È vero che dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'insegnare che, anche quando gli arbitri di equità sono svincolati dall'osservanza delle regole di procedura, non possono senza incorrere in nullità violare quei principî fondamentali, quasi si potrebbe dire di diritto naturale, che stabiliscono un *minimum* indispensabile di garanzie e di imparzialità, senza le quali la nozione stessa di giudizio sfuma e vien meno: garanzie che si riassumono nel principio del contraddittorio e nel rispetto del diritto della difesa (cfr. ora l'art. 24 della Costituzione), alle quali la stessa legge espressamente allude quando, nel terzo com-

ma dell'art. 816, stabilisce che gli arbitri « debbono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie, e per esporre le loro repliche » (7).

Ma la regola secondo la quale non sarebbe consentito agli arbitri di pronunciare lodi parziali (posto che questa regola sia scritta veramente, come la Cassazione ha ritenuto, nel codice vigente), non è uno di quei principî fondamentali ed essenziali, che non possano esser violati senza distruggere con questo le garanzie minime e l'idea stessa del giudizio arbitrale. Essa è, per dir così, una regola di diritto positivo, non un principio di diritto naturale; com'è dimostrato dal fatto che sotto il Codice precedente vigeva la regola contraria, che ammetteva la legittimità del lodo interlocutorio, il quale non è dunque inconciliabile coll'istituto dell'arbitrato.

Si deve aggiungere infine che l'adoprare in una pronuncia la forma di sentenza invece di quella, più semplice e meno impegnativa, di ordinanza, non significa affatto distruggere, e neanche menomare, le garanzie minime di giustizia a cui le parti hanno diritto in ogni giudizio: vuol dire, se mai, accrescerle, con una motivazione molto più ampia, e colla possibilità di una apposita impugnazione.

* * *

In conclusione: sotto tutti gli aspetti da cui si riguardi, questa sentenza della Cassazione dà luogo a seri dubbi; e forse da seri dubbi è stato agitato fino all'ultimo lo stesso Collegio decidente, come appare dalle conclusioni disformi del Procuratore generale.

Non poteva infatti esser presa senza qualche perplessità una decisione grave come questa: la quale non soltanto, col censurare la Corte d'appello per non aver risolto una questione che non le era stata proposta, è giunta ad annullare un lodo arbitrale per un motivo per il quale non era stato impugnato; ma, quando ha rimproverato alla Corte d'appello di non essersi accorta che quel provvedimento qualificato sentenza non poteva mai, nonostante l'apparente passaggio in giudicato, aver gli effetti di una sentenza, ha dato ingresso a un caso di sentenza « inesistente », che sembra in contrasto col sistema dei mezzi di impugnazione vigente nel nostro diritto, ed ha considerato come motivo di nullità di un lodo di equità (in contrasto cogli artt. 814 e 829, n. 7) la adozione di una forma più solenne che accresceva a vantaggio delle parti le garanzie di giustizia, e la mancata adozione di una forma più semplice, di cui le parti non si erano in alcun modo sognate di prescrivere l'osservanza.

---

(7) Cass. 23 maggio 1947, *Foro ital.*, 1948, I, 22.

SEZIONE VIII

DIRITTO COMPARATO E ORDINAMENTI STORICI E STRANIERI

I

PROBLEMI GIUDIZIARÎ NELLA VENEZIA TRIDENTINA (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Posizione del problema dal punto di vista processuale e dal punto di vista politico. — 3. Cenni sulle leggi giudiziarie vigenti nella Venezia tridentina prima della occupazione italiana. — 4. Perturbamenti di fatto prodotti dall'occupazione italiana nella vita giudiziaria delle terre redente. — 5. Provvedimenti provvisorî adottati dal C. Supremo. — 6. Provvedimenti giudiziarî relativi all'Alto Adige presi durante l'annessione al Regno Italico (1810). — 7. Facilità di adattare l'ordinamento giudiziario austriaco al nostro. — 8. Se sia opportuno introdurre nelle terre redente il nostro Cod. proc. civ.; opposizione dei Veneti all'unificazione legislativa nel 1866; pregi del sistema austriaco attuale. — 9. Necessità di attendere, per procedere all'unificazione, la riforma del nostro processo. — 10. Conferma per l'Alto Adige dal punto di vista politico. — 11. La Corte d'appello per la Venezia tridentina: Brescia, Trento o Verona? — 12. Il problema della lingua d'ufficio nei giudizî: sistema austriaco. — 13. Esempî di persecuzioni politiche nel processo civile. — 14. Come il problema potrebbe essere risoluto dall'Italia nell'Alto Adige. — 15. Esame pratico dei varî sistemi. — 16. La questione dei magistrati ex-austriaci nella Venezia tridentina. — 17. Conclusione.

1. — Tre mesi da me passati a Bolzano in qualità di ufficiale, subito dopo la occupazione italiana dell'Alto Adige, mi hanno dato opportunità di raccogliere da conversazioni con magistrati e con avvocati del luogo (1) e da mie personali osservazioni fatte nei centri giudiziarî e forensi, alcune idee sui problemi che la nostra occupazione ha fatto sorgere, almeno potenzialmente, anche nel campo dell'ordinamento giudiziario e del diritto processuale: problemi che sono in parte comuni a tutto il Trentino, anzi a tutte le terre finora soggette all'Austria ed oggi redente, ma che in parte assumono speciale natura e singolare importanza nell'Alto Adige, dove la prevalenza della po-

---

(*) [Pubblicato in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (Milano), a. XVII, 1919, P. I, pagg. 23-24; ristampato in *Studi*, I, pagg. 265-293]. [*Bibliografia*, n. 43].

(1) Ricordo con un particolare senso di gratitudine il consigliere dott. Ugo Untersteiner, presidente del Tribunale di Rovereto, e l'avvocato Boscaroli di Bolzano, ai quali debbo molte delle notizie inserite in queste note.

polazione tedesca merita di essere attentamente considerata nella risoluzione di tutte le questioni relative ai pubblici ordinamenti. Senza impancarmi a legislatore col proporre concreti disegni miranti a risolvere nei particolari questi problemi non tutti di facile e semplice soluzione, desidero unicamente far conoscere agli studiosi alcuni dati e alcune considerazioni derivanti da diretta esperienza, di fronte ai quali certamente il nostro legislatore si troverà, quando, dopo la firma del trattato di pace, dovrà dare un assetto definitivo alle terre liberate in tutti i rami della pubblica amministrazione.

2. — Il passaggio di un territorio da uno Stato ad un altro fa sorgere anche nel campo giudiziario per lo Stato subentrante un problema giuridico, che può essere risoluto con criterî tecnici, cioè con criterî strettamente processuali, ovvero con criterî politici; e può darsi che l'applicazione dell'uno o dell'altro criterio non porti alla medesima soluzione, perché, mentre il criterio strettamente processuale mira a tutelare, con regole di scienza, l'interesse specifico per cui lo Stato istituisce i tribunali, cioè l'interesse alla concreta attuazione del diritto oggettivo, il criterio politico può, in base a calcoli di opportunità, scartare la soluzione del problema che tecnicamente sarebbe la migliore, al solo scopo di tener conto di interessi di altra natura, che, in un determinato momento della vita dello Stato, siano politicamente prevalenti.

Il problema fondamentale che nel campo giudiziario dovrà essere risoluto dall'Italia non appena il trattato di pace avrà reso giuridicamente definitiva la nostra attuale occupazione militare delle terre redente, è questo: *si deve introdurre nelle terre redente l'ordinamento giudiziario e la legislazione processuale attualmente vigenti in Italia?* Questo problema appunto, come sopra ho accennato, può essere risoluto con criterî processuali o con criterî politici, e quindi sdoppiato in due problemi minori. Si può domandare anzitutto: la introduzione della legislazione giudiziaria italiana nelle terre redente costituirebbe, dal punto di vista processuale, un bene? Questo problema tecnico è comune a tutte le terre redente, perché è comune ad esse la legislazione processuale austriaca che si tratterebbe ora di sostituire, e comuni quindi le considerazioni tecniche in base alle quali dovrebbe avvenire il passaggio. Ma in secondo luogo si può domandare: risolto affermativamente il problema precedente, sarebbe politicamente opportuno introdurre nelle terre redente la nostra legislazione processuale? Questo problema politico varia col variare dei territorî oggi inclusi nel nuovo confine: la risoluzione che si può prendere per il Trentino abitato esclusivamente da italiani, è certo diversa da quella che si deve scegliere per l'Alto Adige, la cui popolazione totale è

costituita, per circa quattro quinti, da tedeschi (2). È anzi principalmente l'Alto Adige la zona in cui il problema dev'essere considerato in prevalenza dal punto di vista politico.

3. — Nelle terre oggi redente, e quindi anche nella Venezia tridentina, la legislazione processuale finora vigente era quella del cessato Impero d'Austria, i cui principali testi erano i seguenti:

a) L'*ordinamento giudiziario* era regolato dalla Legge sull'organizzazione dei Tribunali (*Gerichtsorganisationsgesetz*) del 27 novembre 1896 e dalla Norma sulla giurisdizione (*Iurisdiktionsnorm*) del 1° agosto 1895, in conformità delle quali erano stabilite le circoscrizioni giudiziarie anche nella Venezia tridentina. Da un Tribunale collegiale provinciale superiore di appello (*Oberlandesgericht*) instituito a Innsbruck, capoluogo del Tirolo, dipendevano quattro Tribunali collegiali di circolo di prima istanza (*Kreisgericht*), dei quali uno a nord delle Alpi, nella stessa Innsbruck, e tre a sud della catena alpina: uno nell'Alto Adige (a Bolzano), e due nel Trentino (a Trento e a Rovereto); i circoli giudiziarî erano divisi in distretti giudiziarî (*Gerichtsbezirken*), in ognuno dei quali era istituito un giudizio distrettuale con giudice unico (*Bezirksgericht*) (3). Nella trafila delle istanze civili le cause che in primo grado erano di competenza dei giudizî distrettuali andavano in appello ai Tribunali di circolo (*I. N.* § 3); quelle che in primo grado erano di competenza dei Tribunali di circolo andavano in appello al Tribunale provinciale superiore di Innsbruck (*I. N.* § 4); in terza istanza, contro le sentenze di appello pronunciate o dai Tribunali di circolo o dal Tribunale provinciale superiore si ricorreva alla Suprema Corte (*Oberste Gerichtshof*) istituita in Vienna (§§ 2 e 4 citati). La scala delle istanze era dunque, per esempio, in una causa iniziata dinanzi al giudizio distrettuale di Ala, la seguente: Ala-Rovereto-Vienna; in una causa iniziata dinanzi al Tribunale circolare di Rovereto, la seguente: Rovereto-Innsbruck-Vienna.

b) Il *diritto processuale* era regolato dalla Ordinanza sul processo civile (*Civilprocessordnung*) del 1° agosto 1895, e dalla Ordinanza sull'esecuzione (*Executionsordnung*) del 27 maggio 1896; i canoni sui quali si fondava il processo austriaco e i singolari vantaggi di semplicità e di speditezza ch'esso presentava in confronto del nostro,

---

(2) Cfr. Tolomei, *Cenni statistici sull'Alto Adige*, in *Arch. per l'A. A.*, XII, pag. 51 e segg.

(3) Secondo la *Österr. Iustiz-Statistik*, *Berichtsjahr* 1912 (Wien, 1915) i giudizî distrettuali nella Venezia tridentina sono: 22 nel circolo di Bolzano, 16 nel circolo di Trento, 10 nel circolo di Rovereto.

non sono ignoti agli studiosi italiani (4); e avrò occasione di riparlarne nel corso di queste note (*oltre*, n. 8).

c) Tanto le leggi sull'ordinamento giudiziario quanto quelle sul processo furono ultimamente modificate e semplificate dalla Novella destinata ad alleggerire i tribunali dal soverchio lavoro (*Gerichtsentlastungsnovelle*) del 1° giugno 1914, la quale conteneva una serie di ritocchi a molte disposizioni delle precedenti leggi, inspirati tutti quanti al concetto di eliminare lievi imperfezioni di dettaglio venute in luce in quasi un ventennio di attuazione pratica degli articoli, e di diminuire la congestione degli affari negli organi giurisdizionali. Le semplificazioni più notevoli introdotte da questa Legge furono: l'adozione del sistema del giudice unico dinanzi ai Tribunali di circolo nelle controversie patrimoniali di valore non superiore alle 2.500 corone (*G. E. N.* cit. art. IV, n. 2, a modificazione del § 7 della *I. N.*); la estensione del procedimento monitorio (*Mahnverfahren*) fino ai crediti di 1.000 corone (*G. E. N.* art. V a modificazione della Legge 27 aprile 1873 sul proc. monitorio); e l'abolizione della revisione in terza istanza contro le sentenze d'appello che confermassero quelle di primo grado, nelle controversie patrimoniali di valore non superiore alle 1.000 corone (*G. E. N.* art. VI, n. 30) (5).

4. — Prima di esaminare quali problemi di diritto giudiziario siano sorti nelle terre redente, e specialmente nell'Alto Adige, in virtù dell'occupazione italiana, è interessante accennare quali perturbamenti siano stati prodotti di fatto dall'arrivo delle nostre truppe nell'amministrazione della giustizia civile di quelle terre.

Nel Trentino (dove, fin dal 1915, il tribunale di Rovereto e molti giudizî distrettuali da esso dipendenti avevano cessato di funzionare in sede, perché situati in località comprese nella zona d'operazione e sgombrate dalla popolazione civile) il disordine quasi rivoluzionario dei giorni immediatamente precedenti all'occupazione italiana, e la crisi di entusiasmo patriottico prodotto, subito dopo la liberazione, dalla caduta del vecchio regime, fece sì che anche il Tribunale di Trento e molti dei giudizî distrettuali da esso dipendenti sospendessero in quel periodo eccezionale il loro normale funzionamento, in attesa che col ristabilimento dell'ordine venissero dalle Autorità italiane precise norme per la riattivazione della giustizia civile; e per tutto il novembre l'attività degli organi giudiziarî trentini si limitò ai rilievi in affari penali e a disposizioni d'ordine urgenti.

---

(4) Chiovenda, *Principii*, pag. 695 e segg.

(5) Cfr. analisi più dettagliata della riforma in Schauer, *Die Novelle zu den österr. Zivilprozessgesetzen* (in *Deutsch. Iur. Zeit.*, 1914, 776).

Una situazione di fatto del tutto diversa trovarono le truppe italiane nell'Alto Adige, che, in esecuzione dei patti d'armistizio, fu occupato nella prima quindicina di novembre: ivi il Tribunale di circolo di Bolzano, nonché gran parte dei giudizî distrettuali da esso dipendenti continuarono ininterrottamente a render giustizia in lingua tedesca e in osservanza delle leggi austriache, come se l'arrivo degli Italiani non avesse portato nessuna novità nel campo giudiziario.

Questa profonda diversità di fatti fra il Trentino e l'Alto Adige si comprende senza difficoltà: nel Trentino i magistrati e gli avvocati erano in gran parte, anche sotto l'Austria, italiani di nascita e di spirito, e quindi durante la guerra non erano stati risparmiati loro le persecuzioni e gli internamenti che avevan prodotto dei vuoti nel ceto giudiziario e forense fino a render difficili le udienze (6); d'altra parte era naturale che l'arrivo degli Italiani suscitasse in tutta la vita pubblica trentina un immediato anelito di liberazione dai passati ordinamenti e quindi una pausa nell'andamento di tutti i pubblici servizî. Nell'Alto Adige, al contrario i giudici erano tutti quanti, salvo rarissime eccezioni, di nazionalità tedesca e di sentimenti ligi al governo austriaco, che pertanto durante la guerra non aveva disturbato o allontanato dalla sua sede nessuno di loro; inoltre l'occupazione militare da Salorno fino alla linea di armistizio si compiè gradualmente e pacificamente, senza subitanee crisi e senza manifestazioni di giubilo, talché i giudici, ancora incerti se la nostra occupazione sarebbe stata definitiva, credettero opportuno assumere un atteggiamento di estrema riservatezza e continuare in silenzio, come se nulla fosse cambiato, il disbrigo delle pratiche d'ufficio.

La condizione giuridica dei tribunali dell'Alto Adige nelle due o tre settimane immediatamente seguenti alla nostra occupazione era, in verità, delle più paradossali. L'Alto Adige, territorio dato per armistizio in consegna all'Italia durante le trattative di pace in attesa che fosse decisa dalla conferenza la sua sorte definitiva, non aveva cessato ancora, in teoria, di far parte dell'Impero d'Austria; e i vincoli organici che univano la sua pubblica amministrazione, e quindi anche l'amministrazione della giustizia, al centro governativo potevano dirsi sospesi, ma non giuridicamente distrutti dalla occupazione militare italiana. Tuttavia, negli stessi giorni in cui le truppe italiane occupavano il territorio, un altro fatto decisivo era avvenuto: l'Impero d'Austria, cioè, aveva cessato di esistere, e gli organi centrali di go-

---

(6) I funzionarî indispensabili potevano essere durante la guerra esonerati dal servizio militare; ma, naturalmente, i giudici italiani non erano mai dichiarati indispensabili, e andavano soldati al fronte galizianol

verno coi quali l'Alto Adige aveva finora corrisposto s'erano sciolti o trasformati; cosicché l'Alto Adige, territorio non più austriaco e non ancora italiano, senz'essere piu politicamente rinsanguato dal cessato regime, non poteva ancora sentirsi definitivamente allacciato colle nuove arterie dello Stato liberatore. In questa incertezza di situazione i tribunali dell'Alto Adige presero una via molto semplice: poiché la chiusura della linea di armistizio vietava loro di mettersi in relazione col governo repubblicano che andava formandosi oltre le Alpi, poiché nessuna disposizione veniva emessa in materia dalle autorità militari italiane, occupate nelle prime settimane da ben più urgenti problemi, e poiché le nostre autorità civili erano sistematicamente assenti, i tribunali dell'Alto Adige continuarono a funzionare per conto loro, ignorando l'occupazione italiana, ignorando la dissoluzione dell'Impero, applicando candidamente il diritto austriaco, nelle stesse forme, colle stesse formule, perfino cogli stessi timbri d'ufficio. Volli per curiosità, verso la fine di novembre, recarmi ad assistere all'udienza di una sezione penale del Tribunale di circolo di Bolzano: i soliti giudici tedeschi, alcuni dei quali dichiarati italofobi, occupavano i seggi all'ombra di un grande ritratto di Francesco Giuseppe (Carlo non ebbe neppure la soddisfazione di veder la propria effige appesa negli uffici giudiziarî!) e ascoltavano la difesa di un avvocato tedesco, che discuteva se nella fattispecie fosse applicabile o no una certa ordinanza emessa qualche anno prima dal governo imperiale e reale: la nostra vittoria, il crollo della dinastia, l'ondata di rivoluzione e di rinnovamento erano passati senza entrare in quell'aula tranquilla, dove i funzionarî si erano meccanicamente irrigiditi nell'esercizio della loro funzione.

Unica concessione che i giudici dell'Alto Adige fecero spontaneamente agli eventi fu questa: nelle intestazioni delle sentenze abolirono la formula: « *Im Namen seiner Maiestät des Kaisers!* »; ma nessuna altra formula sostituirono a quella abolita, perché neppur essi, con tutta la loro buona volontà, sapevano in nome di chi rendessero giustizia!

Quanto si è detto finora riguarda, si intende, soltanto le cause pendenti nei Tribunali di circolo o nei giudizî distrettuali del Trentino e dell'Alto Adige; la chiusura della linea d'armistizio vietò naturalmente qualunque comunicazione di questi organi giudiziarî col tribunale di appello di Innsbruck e colla Corte Suprema di Vienna: e si trovarono per questo, *ipso facto*, sospesi tutti i procedimenti di seconda e di terza istanza.

5. — Come rimedio transitorio agli inconvenienti sopra accennati sono stati presi dal Comando Supremo i seguenti provvedimenti,

destinati a mandare avanti l'amministrazione della giustizia civile nelle terre redente fino alla conclusione del trattato di pace.

a) Anzitutto si è lasciata in vigore, in quanto non contrasti con specifiche disposizioni emanate dall'Autorità italiana, la legislazione austriaca così sostanziale come processuale: si è in tal modo legittimata anche di diritto quella sopravvivenza di fatto delle norme austriache che, dopo la nostra occupazione, si era verificata nel Trentino e specialmente nell'Alto Adige. Ad imprimere poi agli atti dei tribunali già austriaci un suggello esteriore di questa legittimazione provvisoria, il Comando Supremo ha ordinato che la intestazione delle sentenze sia integrata aggiungendovi la formula: « Nell'esercizio dei poteri conferiti dal Comando Supremo »; ciò vale così nell'Alto Adige come nel Trentino, ove i tribunali hanno ripreso a fuzionare regolarmente ai primi di dicembre.

b) Sono stati mantenuti in carica i magistrati che già facevano parte dell'amministrazione giudiziaria austriaca, dietro loro esplicita accettazione, non soltanto nel Trentino, dove i giudici di nazionalità italiana hanno accettato senza riserve, ma anche nell'Alto Adige, dove i magistrati di nazionalità tedesca hanno accettato con riserve intese a mantenere impregiudicate, finché dura lo stato d'armistizio, le loro tendenze nazionali.

c) Si è provveduto finalmente a creare un organo provvisorio che possa sostituire in questo periodo di transizione il Tribunale d'appello di Innsbruck, e la Corte Suprema di Vienna; in seguito ad un voto, emesso ai primi dello scorso gennaio dalla Consulta trentina per reclamare la provvisoria istituzione in Trento di un Tribunale di appello (7), il Comando Supremo con ordinanza 15 gennaio (8), istituì in quella Città una sezione di Corte d'appello con relativo ufficio di pubblico Ministero, avente giurisdizione sui Tribunali di Trento, Rovereto e Bolzano, e dispose inoltre che in tutti i territorî occupati, e fino a che non sia provveduto altrimenti, le Corti di seconda istanza esercitino ciascuna per la propria circoscrizione e

---

(7) « Considerato il numero rilevante di cause di parti nel territorio del « Governatorato, che prima venivano portate in appello; considerato che esisteva « presso il Tribunale d'appello in Innsbruck un senato italiano; considerata la « distanza di altre sedi di Tribunali d'Appello da Trento; considerato che per « un tempo non breve si renderà necessario che giudici chiamati a decidere in « appello in cause di parti nel territorio del Governatorato conoscano bene le « leggi austriache; considerato esservi varî consiglieri di appello ora senza occu- « pazione; la Consulta propone che venga eretto a Trento un Tribunale di appello « e prega che il Governatore voglia appoggiare tale domanda presso il Regio « Governo ». (*Arena* di Verona del 18 gennaio).

(8) *Gazz. Uff.* 18 gennaio n. 14 (*Lex*, 1919, pag. 45).

coll'intervento di cinque membri, la giurisdizione spettante alla Corte Suprema in materia penale. La sezione di Corte d'appello di Trento, la cui presidenza è stata affidata dal Governatorato al Dott. Dal Lago, già vice-presidente del Tribunale provinciale superiore di Innsbruck, comincerà a funzionare in marzo.

6. — Risoluti in modo pratico ma provvisorio gli inconvenienti prodotti dalla nostra occupazione nell'amministrazione della giustizia delle terre redente, resta ora da risolvere il problema assai più arduo concernente l'assetto definitivo che le istituzioni giudiziarie potranno avere in quelle terre dopo la conclusione del trattato di pace. E ci troviamo così dinanzi al problema fondamentale già posto (*retro*, n. 2) sulla opportunità di estendere fin d'ora alla Venezia Tridentina le nostre leggi giudiziarie e processuali.

Può qui servire ad utili raffronti l'analisi dei provvedimenti relativi all'amministrazione della giustizia nel dipartimento dell'Alto Adige (comprendente allora anche l'attuale Trentino) presi nel 1810 dal Regno Italico (9). Un decreto firmato da Napoleone, in data 28 maggio, stabiliva: « Il Codice Napoleone, e tutte le altre leggi e regolamenti che reggono il nostro regno d'Italia saranno quanto prima pubblicati e messi in vigore nel dipartimento dell'Alto Adige... (art. V) »; « vi sarà nel dipartimento dell'Alto Adige una corte di giustizia civile e criminale, ... i tribunali di prima istanza e le giudicature di pace che saranno ritenute necessarie (art. VI) ». Ma una circolare, in data 8 giugno, del Ministro della Giustizia alle autorità giudiziarie nel dipartimento dell'Alto Adige, si limitò a dettar norme pratiche per preparare la possibilità di mandare subito in vigore il codice Napoleone di diritto sostanziale, lasciando insieme in vigore il diritto processuale austriaco: e stabilì dei ripieghi preordinati a questo scopo, dando incarico al presidente dei tribunali esistenti e al primo giudice delle giudicature distrettuali di esercitare le funzioni che il codice Napoleone affidava al presidente del tribunale di prima istanza (art. 1); al primo giudice dei tribunali e al primo assessore delle giudicature distrettuali di esercitare le funzioni che il codice Napoleone affidava ai regi procuratori (art. 2); all'ultimo giudice dei tribunali e all'ultimo assessore delle giudicature distrettuali di esercitare le incombenze di giudice di pace (art. 3). Si stabiliva infine: « La giustizia sarà amministrata in nome di S. M. imperiale e reale. I giudizî in materia civile e criminale saranno però trattati e proferiti *secondo i vigenti metodi di procedura* dai Tribunali e giudici

(9) Cfr. *Archivio* cit., vol. XII, pag. 118 e segg.

attuali fino all'attivazione di una nuova organizzazione. A quest'effetto continueranno anche tutti gli Avvocati, Patrocinatori e Notai, legalmente autorizzati, nelle analoghe loro funzioni (art. 5) ».

Il metodo adottato dai francesi in materia giudiziaria fu dunque questo: si « inquadrarono », per così dire, nell'ordinamento giudiziario francese gli organi giudiziarî austriaci, senza sopprimerli e senza crearne altri *ex novo*, e adattandoli, col minor numero possibile di ritocchi, al sistema seguito nel resto del Regno Italico; ma, in quanto alle leggi più propriamente processuali, si ritenne opportuno mantenere in vigore quelle austriache.

7. — Per ciò che attiene all'ordinamento giudiziario, alla composizione personale ed alla dislocazione territoriale degli organi giudicanti (a parte la questione dei tribunali di superiore istanza, di cui oltre, n. 11), sembra che il passaggio dalla legislazione austriaca alla legislazione italiana non presenterebbe difficoltà molto gravi, e potrebbe facilmente avvenire per gradi e per adattamenti, senza bisogno di rinnovare *ab imis fundamentis*, sull'esempio di quello che fece il Regno Italico nel 1810. I *Kreisgerichte* di Trento, Rovereto e Bolzano diventerebbero senz'altro tre nostri Tribunali (ho udito qualcuno accennare alla opportunità di istituire un quarto Tribunale a Riva; ma credo che quella povera Città tanto provata dalla guerra chieda misure che risollevino le sue industrie e i suoi commerci, e non provvedimenti che appesantiscano le burocrazie giudiziarie!); i giudizî distrettuali diventerebbero, con opportune variazioni di competenza (per il § 49 della *I. N.* i giudizî distrettuali avevano per valore competenza fino a 500 fiorini) altrettante Preture; si dovrebbero istituire *ex novo* (se proprio non si riuscisse a farne senza!) solamente i Conciliatori, sconosciuti, nella forma in cui li abbiamo noi, all'ordinamento austriaco.

8. — Se sarebbe praticamente facile « inquadrare » gli organi giudicanti attualmente in vigore nelle terre redente nel sistema del nostro ordinamento giudiziario, sarebbe altrettanto facile introdurre in quei territorî il nostro processo, quale è disciplinato dal vigente Codice di procedura civile del 1865?

Non sembra inopportuno ricordare qui le gagliarde opposizioni che da parte del foro e dei deputati veneti furono avanzate dal 1866 al 1871 contro la introduzione del nostro ordinamento giudiziario e del nostro Codice processuale nelle provincie allora cedute dall'Austria. Contro il governo che sosteneva anche per le provincie venete la necessità della unificazione legislativa (approvata poi, dopo lunghe discussioni, colla legge 26 marzo 1871 n. 129) si appuntarono le

obiezioni degli avvocati e dei magistrati della Venezia, i quali, pur dicendosi lieti di essere finalmente ricongiunti alla Patria, dichiaravano peraltro francamente che il processo austriaco non era peggiore di quello italiano, e che, fino a quando quest'ultimo non fosse stato modificato, era inutile introdurre nelle Provincie venete un sistema che sarebbe stato un regresso. E si noti che il processo allora vigente in Austria (l'Ordinanza giudiziaria generale di Giuseppe II, pubblicata in Lombardia nel 1785) era un processo arretrato di un secolo, che, ignorando i canoni introdotti dalla Rivoluzione francese della oralità e della pubblicità, limitava i poteri discrezionali del giudice e ne ostacolava l'immediato contatto colle parti, e schematizzava l'istruttoria in un rigido e formalistico scambio di scritture (10); e tuttavia i Veneti si erano affezionati ad esso, e aspramente criticarono, durante le discussioni parlamentari, il sistema processuale italiano, accusandolo di interminabili lungaggini per la indeterminatezza del numero delle comparse, per l'eccessivo sviluppo delle mansioni affidate agli uscieri, per la facilità di incidenti, per la ingerenza del P. M. nelle cause civili, per la fiscalità vessatoria delle tasse giudiziarie, per l'ammissibilità di nuove prove nel giudizio di appello, per la preferenza data alla cassazione (11).

Allora le opposizioni dei Veneti furono facilmente vinte, perché l'Ordinanza giuseppina non era davvero migliore del nostro Codice del 1865, e perché le ostilità contro quest'ultimo derivavano in gran parte da quel pigro misoneismo, da quel timore di dover faticare nello studio di leggi nuove che (a quei tempi almeno...) pare fosse assai diffuso nel ceto forense. Ma bisogna domandarsi se analoghe opposizioni del foro e della magistratura delle terre redente sarebbero superabili oggi colla stessa facilità: durante questi anni, infatti, mentre il nostro Codice di procedura civile è stato, a forza di parziali ritocchi, appena migliorato e sveltito dalla introduzione del cosiddetto procedimento sommario, l'Austria ha sostituito alla antiquata Ordinanza del 1785 una legge nuova, plasmata di getto in conformità dei più moderni studî processualistici; talché non si tratta oggi, come nel 1866, di scegliere fra una cattiva Ordinanza e un Codice mediocre, ma si tratta di scegliere tra un Codice — il nostro —, che è certamente uno dei peggiori fra tutti quegli degli Stati contemporanei, ed una Ordinanza — quella austriaca del 1895 — che rappresenta quanto di

---

(10) Cfr. queste critiche nella Relazione sull'Ordinanza del 1° agosto 1895 esposta dal Min. Schönborn alla Camera dei Deputati austriaca il 20 marzo 1893 (in Eusebio, *Diritto giudiziario civile austriaco*, Torino, 1901, vol. I, pag. X).

(11) Cfr. specialmente il discorso dell'On. Sartoretti, tenuto il 15 giugno 1869 alla Camera dei Deputati, *Discussioni*, vol. X, pag. 1119.

meglio la scienza processuale abbia prodotto sin qui nel campo delle legislazioni positive.

L'Italia ha dato prova in questa guerra di tale e tanta superiorità — non soltanto militare, ma soprattutto civile — sui suoi nemici, che non dobbiamo avere scrupolo a riconoscere con onesta franchezza qualche nostra palese inferiorità. Se mettiamo il nostro Codice di procedura civile accanto all'Ordinanza processuale austriaca del 1895, e li confrontiamo con criterî esclusivamente processuali, non si può non dare tutta la preferenza a quest'ultima. In Italia, fin da quando, subito dopo il 1866, i varî ministri di Grazia e Giustizia cercavano di ribattere le critiche dei deputati veneti, si era d'accordo sulla necessità di riformare il Codice di procedura civile appena entrato in vigore; e da allora non vi è stato uomo politico, giureconsulto, magistrato che abbia mostrato di non riconoscere questa necessità. Ma il Codice è restato tuttavia qual'era, anzi è invecchiato ancora col progredir della scienza: e l'Italia offre lo spettacolo umiliante di questa legge processuale che pare esibita in dono ai disonesti per dar loro la ricetta legale di ritardare all'infinito il corso della giustizia, e che consente alle cause di trascinarsi senza costrutto per anni ed anni attraverso le aule giudiziarie, come se il processo civile, invece di essere un'agile e spedita arma per colpire senza indugio chi non si conforma volontariamente alle concrete volontà della legge, fosse una trappola senza uscita, inventata da qualche azzeccagarbugli senza scrupoli, per fabbricare interminabili notule di « vacazioni ». L'Ordinanza austriaca, invece, offre l'esempio opposto di un processo fatto per pacificare presto e bene i litiganti e non per dare lunghi guadagni ai patrocinatori disonesti; ho voluto domandare, a magistrati e ad avvocati della Venezia tridentina, perseguitati durante la guerra dal governo imperiale e reale, e quindi non sospettabili di soverchio attaccamento alle cose austriache, se quei pregi che vengono riconosciuti in teoria dagli studiosi all'Ordinanza del 1895, si siano dimostrati anche nella pratica realmente esistenti: e ne ho ricevuto risposte concordemente affermative. Tutte le prescrizioni della legge austriaca sono preordinate a dare all'andamento del processo la massima speditezza, a combattere radicalmente lo spirito di *chicane* delle parti, a conferire al giudice i poteri necessarî per conoscere con prontezza i termini della controversia e per risolverla nel minor tempo possibile: l'istituto felicissimo della prima udienza (*erste Tagsatzung* § 239 *C.P.O.*) dinanzi al presidente o al giudice delegato, destinata a fare la vagliatura delle liti vere da quelle meramente apparenti e a far venire a galla tutte le eventuali questioni pregiudiziali di procedura, in modo che la trattazione del merito, rilasciata al collegio, si trovi quanto mai semplificata e sgombra da impacci preliminari;

la citazione d'ufficio per il giorno del dibattimento orale sul merito (la così detta « pertrattazione »), dei testimoni indicati dalle parti (§§ 229, 257, 288); l'immediata assunzione delle prove dinanzi al collegio durante il dibattimento stesso (§ 276); la pronuncia della sentenza, di regola, subito dopo la chiusura del dibattimento (§ 414); l'adozione del principio che tutte le notificazioni si fanno d'ufficio (§ 87) e, di solito, per mezzo della posta (§ 88); la riduzione dei rinvii al minimo indispensabile, escluso sempre il rinvio per accordo delle parti (§ 134); la larga adozione del procedimento monitorio, — tutte queste praticissime disposizioni hanno fatto sì (a prescindere da quei rallentamenti inevitabili derivati, anche nei tribunali austriaci, dalla scarsità di personale prodotta dalla guerra) che non soltanto teoricamente, in uno schema fatto sulla carta, il processo austriaco resulta di durata brevissima, ma che anche in pratica, prima della guerra — a quanto mi fu confermato dal presidente del Tribunale di Rovereto — *era rarissimo il caso di un processo civile che, in primo grado, durasse più di due mesi!* Anche le ulteriori semplificazioni introdotte nel 1914 hanno dato, secondo quello che mi è stato riferito, ottima prova, e non ha prodotto lagnanze la introduzione del giudice unico nei tribunali fino al valore di 2.500 corone (riforma che interessa circa il quaranta per cento delle cause di Tribunale). In generale, insomma, da persone competenti e spassionate, da me richieste durante la mia permanenza nella Venezia tridentina, non ho udito fare la più piccola critica al sistema processuale applicato finora dall'Austria; si parla con simpatia dell'appello austriaco, che non portava a un *novum judicium* ma solo a un riesame del primo giudicato; si giudica anche soddisfacente, dal punto di vista processuale, il sistema della revisione in terza istanza: soltanto contro l'eccessivo rigore con cui venivano stabilite le conseguenze della contumacia, ho udito muovere qualche critica.

9. — Esaminato dal punto di vista tecnico, il sistema processuale che il Comando Supremo ha lasciato provvisoriamente in vigore nelle terre redente è dunque indubbiamente di gran lunga migliore del nostro; talché, se al momento della definitiva annessione ci venisse l'idea di introdurre nelle terre annesse il nostro Codice di procedura civile, non si può dire che l'Italia renderebbe con questo un gran bel servizio alle popolazioni redente, le quali verrebbero a perdere, colla sostituzione del nostro processo a quello già austriaco, una legislazione ben più perfetta e di ben altro valore di quanto non fosse quella che nel 1866 i Veneti avevano tanta paura di perdere. E si pensi che l'introduzione del nostro disgraziato diritto processuale in quelle terre sarebbe anche sconsigliata dal fatto che, evidentemente, una radicale

riforma di tutta la nostra procedura non può oramai più tardare: è da credere, infatti, che le giovani generazioni uscite dalla guerra con spirito di alacre praticità non saranno disposte a perdonare in nessun ramo della vita pubblica il solito sistema degli adattamenti burocratici, per i quali la creazione e lo sviluppo degli organi destinati a pubbliche funzioni non obbedisce già alla necessità della funzione, ma alle comodità di coloro che vivono alle spalle dell'organo; e si può sperare che dentro un breve termine il problema della giustizia civile sarà affrontato e risolto senza esitazioni, sicché l'Italia possa avere fra pochi anni una legge processuale non indegna delle sue tradizioni di grandezza giuridica.

Se una radicale riforma del nostro processo civile non può tardare, non si comprende quale utilità porterebbe la introduzione immediata nelle terre irredente di una cattiva legge, che susciterebbe aspre critiche e paragoni odiosi, che costringerebbe avvocati e giudici alla fatica di studiarla e di assimilarla, e che dovrebbe poi, dopo due o tre anni, cedere il campo ad una legge migliore. Molto più logico sembra, invece, lasciare in vigore anche dopo l'annessione la legge processuale oggi vigente, pur coordinando al nostro ordinamento giudiziario gli organi giudicanti, come fece nel 1810 il governo napoleonico; lasciare in vita il processo già austriaco costituirebbe la miglior promessa e il miglior incitamento per il sollecito studio di un processo veramente italiano: e avremmo così nelle terre redente, dove i nostri studiosi potrebbero veder funzionare in pratica un sistema processuale costruito con criterî moderni, una specie di « gabinetto sperimentale » per preparar la riforma, dopo la quale soltanto sarebbe giustificato l'orgoglio di unificare le nostre leggi giudiziarie sino ai nuovi confini.

In questa mia modesta opinione, so di essere in buona compagnia. Ricordo sempre di avere udito il prof. Chiovenda, in una delle ultime lezioni tenute all'Università di Roma nell'aprile 1915, prima della dichiarazione di guerra, pronunciare questa frase: « Facciamo voti che dalla guerra siano appagate le nostre aspirazioni su Trento e su Trieste, ma auguriamoci che, quando queste due nobilissime città entreranno a far parte della Patria italiana, il destino le salvi dalla sciagura di dover provare il nostro Codice di procedura civile! ».

10. — Alla stessa conclusione alla quale portano queste considerazioni di natura esclusivamente processuale, conducono, per quanto attiene all'Alto Adige, speciali considerazioni di natura politica che non giova trascurare.

Si può ammettere, infatti, che nel Trentino, dove tutta la popolazione è concorde nella gioia della liberazione, e dove la immediata

introduzione delle leggi italiane può esser desiderata come un definitivo suggello di nazionalità, si possa senza proteste rinunciare ai pregi dell'ordinamento processuale austriaco, sol perché è austriaco, e si possa chiuder gli occhi sui difetti del nostro Codice di procedura civile, sol perché è italiano; ma questo non può avvenire nell'Alto Adige, dove la popolazione, in maggioranza tedesca, ha preso per ora un atteggiamento di riserbo, e attende alla prova, prima di manifestare le sue simpatie per il nuovo regime, la bontà delle istituzioni italiane messe a confronto con quelle austriache. L'Alto Adige possiede centri commerciali notevoli, dove le industrie erano floride prima della guerra, dove il giro degli affari era attivissimo: la frequenza dei traffici produceva naturalmente la frequenza delle cause civili e commerciali, e le classi mercantili si erano appunto abituate ad avere a propria disposizione nei tribunali locali uno strumento di giustizia sollecito e agevole, ricorrendo al quale la incertezza dei diritti veniva in poche settimane eliminata. Ora quale sarebbe la impressione di questi 180.000 tedeschi che aspettano alla prova il nuovo governo e che certamente saranno inclinati più alla critica che alla indulgenza, se l'Italia togliesse loro un congegno giudiziario tecnicamente quasi perfetto per darne loro in cambio uno ormai logoro e quasi inservibile all'uso: se l'Italia imponesse loro di risolvere d'ora innanzi in un anno, attraverso maggiori formalità e con minori garanzie di esito giusto, quelle cause che fin'ora essi risolvevano senza difficoltà in un mese?

La penetrazione italiana fra le popolazioni non italiane dell'Alto Adige, deve compiersi non soltanto attraverso la prova della superiorità morale, dello spirito di liberalità e di giustizia del nostro popolo (e questa prova hanno saputo darla, fin dal primo giorno della occupazione, i nostri soldati, che hanno meravigliato e affascinato i Tedeschi per la umanità e per la civiltà del loro contegno), ma anche attraverso la dimostrazione che i nostri ordinamenti pubblici sono superiori a quelli dell'Austria, che la nostra capacità di organizzare e di governare è superiore a quella della razza tedesca. Ma qual genere di dimostrazione sarebbe la introduzione nelle terre redente del nostro povero Codice di procedura civile e di tutto il nostro sistema giudiziario, in cui le tasse sono più vessatorie che in Austria, in cui i giudici sono pagati meno che in Austria, in cui gli studî per l'avvocatura offrono minor garanzia di serietà che in Austria? Un siffatto provvedimento servirebbe unicamente a gettare fra la popolazione dell'Alto Adige un senso di profonda sfiducia nella giustizia italiana, e farebbe fare un passo indietro alla nostra opera di assimilazione spirituale.

11. — In qualunque modo si risolva il problema esposto più sopra, vi è una questione di particolare urgenza ed importanza che bisognerà al più presto decidere in modo meno provvisorio di quanto abbia fatto, in questo periodo di armistizio, il nostro Comando Supremo: parlo della scelta dell'organo giudiziario al quale dovranno essere portate le impugnative contro le decisioni prese in prima istanza dai Tribunali di Trento, Rovereto e Bolzano.

a) Qualora, finché non si sarà provveduto a una generale riforma del nostro diritto processuale, si entri nell'ordine di idee sopra esposto, di mantenere in vigore nelle terre redente il processo già austriaco, si dovrà anche ritenere come indispensabile il mantenimento a Trento, negli stessi limiti di tempo, di quella sezione di Corte d'appello che il Comando Supremo vi ha, come si è visto (*retro*, n. 5), provvisoriamente istituito. Quella sezione infatti potrebbe, meglio di qualsiasi altro organo giudiziario, esser composta di giudici provenienti dall'amministrazione austriaca, e quindi pratici del processo e soprattutto delle leggi sostanziali del cessato Stato, tra le quali sono in vigore tuttora perfino dei decreti aulici della metà del secolo XVIII; essa poi sarebbe in grado, meglio di qualunque altra Corte del Regno, di applicare nelle cause d'appello un sistema di istruttoria e di riesame profondamente diverso da quello italiano, com'è il sistema accolto dall'Ordinanza austriaca del 1895.

b) Quando poi si sarà provveduto, anche nelle terre redente, alla totale unificazione del diritto giudiziario (o che ciò — *quod dii avertant!* — avvenga subito, o che ciò avvenga, com'è sperabile, dopo la riforma), in modo che non vi sia più la necessità di mantenere per la Venezia tridentina un organo di appello fornito di speciali cognizioni tecniche, bisognerà stabilire a quale delle Corti d'appello del Regno dovranno essere portate in seconda istanza le cause del Trentino e dell'Alto Adige; le soluzioni da prendere in considerazione sembrano tre:

1°) Tra le Corti d'appello esistenti, le due meno distanti dalla Val d'Adige sono quella di Venezia e quella di Brescia. Ma poiché la prima può senz'altro essere scartata a causa della eccessiva distanza, resta senz'altro quella di Brescia, che sarebbe indubbiamente la meno scomoda, come fu riconosciuto dal Governo napoleonico, quando, dopo aver promesso la creazione di una Corte di giustizia a Trento, si limitò a stabilire, con decreto 18 giugno 1810, che « la Corte d'appello di Brescia estendesse la sua giurisdizione sopra il dipartimento dell'Alto Adige ».

2°) Una seconda soluzione sarebbe quella di creare, anche dopo la unificazione legislativa, una Corte d'appello stabile a Trento, trasformando in organo definitivo la sezione istituitavi oggi provviso-

riamente. Tale istituzione sarebbe certamente dal punto di vista topografico molto opportuna, perché l'organo d'appello verrebbe a trovarsi nel centro della Val d'Adige, e facilissime sarebbero le comunicazioni tra esso ed i tre Tribunali dipendenti, per i quali sotto l'Austria le comunicazioni col Tribunale d'appello di Innsbruck erano, invece, tutt'altro che comode. Ma vi è un elemento, di cui bisogna pur tener conto: cioè la rivalità, acuita da molti decennî di accanite lotte politiche, fra italiani del Trentino e tedeschi dell'Alto Adige, fra Trento campione dell'irredentismo e Bolzano campione del nazionalismo tirolese; questa rivalità, che con una saggia politica potrà essere eliminata in pochi anni, sconsiglia di introdurre nella Venezia tridentina qualsiasi forma di pubblico ordinamento per il quale l'Alto Adige sia fatto dipendente dal Trentino, e fa ritenere che non sarebbe accolto con simpatia da magistrati e avvocati dell'Alto Adige un ordinamento che, nella gerarchia delle istanze giudiziarie, facesse dipendere Bolzano da Trento.

3°) Una terza soluzione viene propugnata a Verona, dove in questi ultimi mesi si è manifestata una forte agitazione per reclamare la istituzione di una nuova Corte d'appello nella Città: così scriveva nel gennaio scorso un giornale cittadino: « Quando la legislazione austriaca sarà abrogata, con essa dovranno essere abrogati tutti i tribunali già esistenti (?). Con i nostri codici di diritto entreranno in vigore anche i codici di rito (?) ed in forza di questi ai vecchi tribunali austriaci saranno sostituiti i nostri tribunali. Allora Trento dovrà essere — come Rovereto, Riva (?), Bolzano — sede di Tribunale, dipendente dalla Corte di appello di Verona » (12). Con tutte le buone ragioni che la nobilissima città di Verona vanta per chiedere la nuova Corte d'appello, sono modestamente d'avviso che troppe volte, nell'ordinamento giudiziario italiano, la distribuzione territoriale degli organi giudicanti è stata fatta soltanto per soddisfare interessi locali e regionali, magari in contrasto col superiore interesse nazionale, che reclamerebbe nell'amministrazione della giustizia più economia e più semplicità d'organi con miglior retribuzione di funzionari; ritengo pertanto che la proposta di fondare una nuova Corte d'appello a Verona debba esser considerata con molta cautela e che, se non si vuol istituire stabilmente a Trento per speciali considerazioni regionali un nuovo organo d'appello, sia molto più opportuno servirsi della già esistente Corte d'appello di Brescia.

Per le impugnative in terza istanza, si potrà dare incarico a una delle Corti di cassazione territoriali di decidere, finché resterà in

---

(12) *Arena* di Verona, del 18 gennaio.

vigore nella Venezia tridentina la legislazione processuale già austriaca, anche sui ricorsi in revisione presentati contro le sentenze della sezione di Corte d'appello di Trento (13); dopo la unificazione legislativa, la quale ci porterà certamente la Cassazione unica anche in materia civile, i ricorsi contro le sentenze d'appello pronunciate nella Venezia tridentina, andranno, come quelle di tutta Italia, alla Corte di cassazione di Roma.

12. — Un problema processuale di singolare importanza tecnica e politica che riguarda l'Alto Adige (e che può riprodursi analogo anche in quei territorî abitati da maggioranze non italiane che verranno a trovarsi inclusi dal nostro confine orientale) è quello che riguarda la *lingua d'ufficio* nei Tribunali situati in regioni mistilingui.

Si riproduce inversamente per noi, in confronto della maggioranza tedesca dell'Alto Adige, il problema che l'ordinamento austriaco aveva dovuto affrontare per la totalità italiana del Trentino e per la minoranza italiana dell'Alto Adige.

Guardiamo anzitutto come l'Austria aveva risolto il problema. Nell'art. 19 della Legge fondamentale dello Stato 21 dicembre 1867 era esplicitamente detto che « tutti i popoli dello Stato hanno diritti uguali e ciascun popolo ha un diritto inviolabile alla conservazione e cura della sua nazionalità e lingua »; inoltre fin dall'Ordinanza giudiziaria generale del 1785, (§ 14 della Procedura così detta « galiziana » in vigore nel Tirolo) era stabilito che « nelle espressioni tanto le parti quanto i rispettivi loro patrocinatori dovranno servirsi sempre della *lingua usuale del paese* ».

La lingua d'ufficio da usarsi nei giudizî del Trentino e dell'Alto Adige (*Südtyrol*) era stata stabilita da molteplici decisioni supreme, le quali avevano riconosciuto come « lingua usuale del paese » e quindi come « lingua d'ufficio » per i Tribunali di Trento e di Rovereto la italiana e per il Tribunale di Bolzano la tedesca; questa determinazione valeva anche per i giudizî distrettuali dipendenti rispettivamente dai Tribunali suddetti (anche se nel distretto giudiziario si trovavano popolazioni italiane parlanti dialetti come nelle Valli Gardena e di Badia), a eccezione dei giudizî distrettuali di

---

(13) Il sistema della revisione austriaca non è poi in sostanza tanto diverso da quello della nostra Cassazione come potrebbe sembrare all'apparenza, e una nostra Corte di cassazione potrebbe in via transitoria decidere i ricorsi in revisione senza allontanarsi molto dalle sue consuete funzioni: basterebbe modificare in qualche dettaglio, i §§ 502-513 della *CPO*, sopprimendo tra i motivi di revisione i numeri 2 e 3 del § 503, ed al § 510 (per il quale il giudice di revisione decide di regola in merito) sostituendo in ogni caso il sistema del rinvio obbligatorio.

Ampezzo e di Livinallongo, per i quali, quantunque dipendessero dal Tribunale di Bolzano, era riconosciuta come lingua d'ufficio la italiana. Per le cause che in prima istanza erano trattate in italiano dinanzi ai Tribunali di Rovereto e di Trento, anche in italiano poteva trattarsi la causa di appello, e vi era per questo al Tribunale provinciale superiore di Innsbruck una speciale sezione (*Senat*) italiana, che avrebbe dovuto essere composta di cinque membri italiani, ma che in pratica era quasi sempre composta di tre membri italiani e di due tedeschi; a questa sezione venivano gli avvocati da Trento e da Rovereto a patrocinare in italiano. Per le cause trattate in primo grado dinanzi ai giudizî distrettuali di Ampezzo e di Livinallongo, e che andavano in appello al Tribunale di Bolzano, le trattazioni di secondo grado erano un tempo fatte in italiano; ma poi, essendo state promosse verso il 1903 dal partito nazionalista bolzanese delle dimostrazioni contro il presidente di sezione Prati, *responsabile* di aver permesso questi dibattimenti in lingua italiana, fu adottato il sistema che le parti inoltrassero gli atti d'appello scritti in italiano, e che questi, trasmessi dai due suddetti giudizî distrettuali al Tribunale di Bolzano, fossero ivi tradotti in tedesco per estratto da un giudice incaricato, in modo che poi il dibattimento d'appello si potesse svolgere in tedesco. Alla Corte Suprema di Vienna non esistevano sezioni italiane; c'erano due o tre consiglieri che conoscevano l'italiano e per tutte le cause in revisione, senza pubblicità e senza oralità, la lingua interna d'ufficio era la tedesca: le sentenze, in cause provenienti da tribunali italiani, erano pubblicate in tedesco con traduzione italiana annessa.

La determinazione di una lingua d'ufficio aveva le seguenti conseguenze: che gli atti di causa, a cominciare dall'atto di citazione, erano respinti se non erano compilati nella lingua ufficiale; che in questo idioma doveva svolgersi il dibattimento (con intervento dell'interprete ove le parti o i testi parlassero altra lingua), ed essere pronunciata la sentenza. Ciò non dava luogo a soprusi nei circoli di Rovereto e di Trento, dove la lingua d'ufficio era l'italiana, poiché totalmente italiana era la popolazione sottoposta a quelle giurisdizioni, ma permetteva invece dei veri arbitrî nel circolo di Bolzano, dove non era in nessun modo salvaguardato il diritto al rispetto della propria lingua di quelle forti minoranze italiane che si trovavano sparse in tutto quanto l'Alto Adige.

Ivi infatti non solo dovevano essere trattate in tedesco le cause fra un tedesco e un italiano, ma anche dovevano essere trattate in tedesco le cause che eventualmente sorgessero fra italiani e italiani; la ingiustizia di questo sistema era tanto più sensibile in quanto nell'Alto Adige la osservanza del tedesco come lingua ufficiale

veniva considerata come mezzo politico di « snazionalizzazione » dell'elemento italiano: il partito pangermanista organizzava dimostrazioni contro il presidente Prati che si permetteva di trattare in italiano le cause d'appello dei giudizî d'Ampezzo e Livinallongo; il partito pangermanista faceva pressione perché fosse abolita la sezione italiana al Tribunale provinciale superiore di Innsbruck; e ovunque si presentasse l'occasione, i giudici tedeschi, sebbene quasi tutti conoscessero perfettamente l'italiano, facevano mostra di non intendere le parti che non sapessero esprimersi in tedesco (caso frequente specialmente fra l'elemento popolare), e ricorrevano ostinatamente all'interprete, maltrattando i testimoni che non potevano rispondere nella lingua d'ufficio. Anche il processo civile serviva così da strumento di sopraffazione politica, e non valeva a rimediare ai soprusi la consuetudine invalsa fra gli avvocati trentini di impugnare sempre dinanzi alla Corte Suprema, per violazione dell'art. 19 della Legge fondamentale, tutte le sentenze pronunziate in dibattimenti nei quali ai litiganti italiani fosse imposto il tedesco come lingua d'ufficio: la Corte Suprema, infatti, non si degnava neanche di prendere in considerazione questa platonica forma di protesta.

13. — Ma non soltanto per simili imposizioni della lingua d'ufficio il processo civile ha servito molte volte nel Trentino e nell'Alto Adige a perseguitar gli Italiani; non di rado infatti l'agone giudiziario si è trasformato in un campo di lotte politiche. Nel Trentino tutti ricordano la causa iniziatasi nel 1911 dinanzi al giudizio distrettuale di Stenico fra le Società degli Alpinisti Tridentini e la Società Alpina (*Alpenverein*) austro-tedesca (Sezione di Brema), per la proprietà di un ripiano roccioso, posto ai piedi della Brenta Bassa, su cui l'*Alpenverein* voleva ostinarsi a costruire un rifugio; in questa causa che in prima istanza a Stenico, in appello a Rovereto, e in revisione a Vienna fu sempre decisa a favore degli Italiani che avevano indubbiamente da parte loro il buon diritto, il partito pangermanista fece inaudite pressioni sui giudici perché dal dibattimento uscisse vincitrice l'*Alpenverein*, e, poiché non vi riuscirono, contro il giudice distrettuale di Stenico, reo di aver dato ragione agli Italiani, fecero aprire un'inchiesta disciplinare.

L'organo dell'ordinamento giudiziario austriaco nel quale tipicamente il processo civile si trasformava in uno strumento di persecuzione contro gli Italiani, era poi la Suprema Corte di Vienna, la quale, quantunque fosse nominalmente destinata a mantenere l'unità e l'osservanza della legge all'infuori di ogni pressione di partiti, risentiva l'influenza del governo ogni qual volta c'era da stabilire una « massima » contraria agli irredenti. Serviva a questo scopo la isti-

tuzione della *sezione rinforzata*: quando si trova necessario di variare una massima finora seguita dalle diverse sezioni della Suprema Corte, si provocava la decisione di una sezione rinforzata da un numero di membri maggiore di quello che occorreva per le deliberazioni ordinarie, e questa decisione veniva inserita in un libro di giudicati (*Iudikatenbuch*), che avevano speciale autorità, in quanto potevano essere variati solo dalla deliberazione di una seduta « plenissimaria » di 21 membri: il potere esecutivo si serviva appunto di questi membri aggiunti, sapientemente scelti, per modificare nel senso voluto dal governo la giurisprudenza in quei punti che toccavano qualche interesse politico.

Un esempio tipico di queste aberrazioni giudiziarie a danno degli italiani si incontra in una decisione, notissima nel foro trentino, presa dalla Suprema Corte durante la guerra. Un'Ordinanza del 9 giugno 1915 riconosceva allo Stato il diritto di essere risarcito in sede civile dei danni procuratigli da coloro che erano stati condannati per reato di alto tradimento: siccome però molte volte, contro i patrioti trentini che riuscivano a passare in Italia, all'accusa di alto tradimento non poteva seguire il regolare processo penale perché mancavano elementi precisi per una condanna, la Corte Suprema, in sezione rinforzata, cambiando la sua giurisprudenza precedente, arrivò a stabilire questa massima: che « il risarcimento dei danni riconosciuto allo Stato dal § 1 dell'Ord. 9 giugno 1915 può essere perseguito e conosciuto dinanzi ai Tribunali civili *anche senza che si produca una sentenza penale per gli atti punibili* »; per giustificare questa massima, dettata unicamente da livore contro gli Italiani, la Corte Suprema ricorreva a dei ragionamenti che sono un monumento di sfrontatezza cavillosa: « il diritto di risarcimento — diceva essa nei motivi della sua decisione — non esiste contro quelli che sono stati condannati per i delitti in parola, ma contro quelli che hanno commesso uno di questi delitti. L'obbligo di risarcimento non è quindi conseguenza della sentenza penale... ma è la reazione giuridica civile che segue al delitto »; ma con questo ragionamento la Corte Suprema si dimenticava che l'unico modo per stabilire giuridicamente se il delitto fosse stato commesso, era proprio la sentenza penale, e che quindi, finché quella non esisteva, nemmeno esisteva giuridicamente il delitto!

14. — Ho voluto riferire qui qualche esempio di queste contaminazioni politiche della giustizia, che erano usuali in Austria, per far comprendere come nell'Alto Adige, dove bisognava far di tutto per evitare che sorga fra la popolazione tedesca uno stato di *irredentismo a rovescio*, devono onestamente essere stabilite tali garanzie

processuali che siano adatte a persuadere i tedeschi atesini come l'Italia non intende affatto ritorcere contro di loro quei metodi, che l'Austria anche nella giurisdizione civile seguiva contro gli italiani irredenti, e che per noi il processo civile deve unicamente servire alla giustizia, uguale per gli italiani e per i tedeschi. Non si è esitato più sopra a riconoscere che il processo civile austriaco, come meccanismo tecnico, è d'assai superiore a quello che l'Italia attualmente possiede; ma anche dobbiamo riconoscere che lo spirito di imparzialità e di liberalità politica che l'Italia sa infondere nelle proprie pubbliche istituzioni è lontano le mille miglia da quel torvo spirito di sopraffazione con cui l'Austria sapeva guastare tutti i suoi pubblici istituti, anche se tecnicamente perfetti. Ebbi, alla fine di gennaio, l'onore di essere ricevuto da S. E. il Governatore di Trento e di udire da lui questa sensatissima osservazione: « che gli ordinamenti pubblici austriaci erano buoni e sapientemente organizzati, finché non c'entrava a guastarli la politica ». Lo stesso si può dire del diritto processuale austriaco: ottimo, finché non c'entra in mezzo il *furor teutonicus*. Allora, quando fa capolino lo spirito di sopraffazione, anche gli istituti processuali diventano pessimi: e se l'ordinamento giudiziario e processuale, attualmente lasciato in vita nelle terre redente, ci può insegnare qualcosa dal punto di vista tecnico, tutto esso ha da imparare dall'Italia, per apprendere come la politica debba a tutti i costi restare esclusa dal processo.

15. — Per questo nel regolare la questione della lingua d'ufficio nei tribunali dell'Alto Adige, dovremo seguire un sistema che sia processualmente rispondente ai fini del processo e politicamente inspirato alla massima equanimità. Per fortuna questi due criterî non portano in questo caso a risultati opposti; poiché, sia allo scopo processuale di garantire nell'istruttoria fra giudice e parti quella immediatezza di comunicazioni che permette la raccolta di un materiale di decisione preciso compiuto e veritiero, sia allo scopo politico di assicurare alle parti la tutela delle loro nazionalità, resulta evidente la opportunità di riconoscere il tedesco come lingua d'ufficio nei processi civili che si svolgono fra tedeschi nelle terre abitate da maggioranze tedesche; ma il caso non è altrettanto semplice quando si tratti di processi fra italiani in territorî abitati da maggioranza non italiana, o di processi fra un italiano e un non italiano.

Si può pensare, per risolvere praticamente questi problemi, a diversi sistemi che vanno da un estremo all'altro:

a) Si potrebbe anzitutto stabilire il principio che dentro i confini italiani la lingua d'ufficio nei processi civili è sempre l'italiana, qualunque sia l'idioma che parlano gli abitanti della regione. I giudici

dovrebbero pertanto esprimersi, verbalmente o per iscritto, sempre in italiano, e raccogliere a mezzo d'interpreti o di traduzioni le espressioni di parti o di testimoni che ignorino la nostra lingua (14); in questo modo si applicherebbe puramente e semplicemente l'art. 212 del nostro Cod. proc. civ. (15) e il problema politico sorto nel campo processuale dall'annessione di terre non abitate da Italiani, si risolverebbe in un modo molto semplice: coll'ignorarlo.

Ma sarebbe questo un errore così grossolano, non tanto dal punto di vista politico — per il malcontento che il sopruso solleverebbe —, quanto anche dal punto di vista giudiziario — per le complicazioni che ne deriverebbero al disbrigo del procedimento —, che neppure c'è da pensare ad attuarlo, quando neppure l'Austria, come s'è visto, era giunta a proclamare come lingua ufficiale il tedesco nel Trentino abitato da Italiani.

b) In un eccesso opposto si cadrebbe, quando si volesse adottare nell'Alto Adige il sistema di considerare il tedesco come lingua d'ufficio a tutti gli effetti. Questo sistema perpetuerebbe anche sotto l'Italia un regime di arbitrio istituito dall'Austria a danno degli Italiani, i cui interessi oggi devono essere amorosamente salvaguardati anche in quelle terre in cui essi non sono maggioranza. Evidentemente anche se per qualche anno, com'è da augurarsi, sarà mantenuto in vigore nelle terre redente il diritto processuale austriaco, la questione della lingua d'ufficio dovrà subito essere risolta in modo diverso da quello seguito fin qui, e dovrà in questo stesso senso introdursi subito una variazione nel sistema processuale ancora vigente in quei territorî.

c) Per conciliare dunque le contrarie esigenze bisognerà introdurre nell'Alto Adige il sistema delle *bilinguità*, consistente nel riconoscere che la lingua d'ufficio possa essere, secondo i casi, o l'italiana o la tedesca: unico sistema rispondente alla tradizione statutaria italiana, che non permetterebbe di fare ai tedeschi dell'Alto Adige un trattamento diverso da quello che si è sempre fatto ai francesi della Valle d'Aosta (16). Ciò si potrà ottenere in pratica: o stabilendo che tutti i giudici e gli altri funzionarî siano obbligati a conoscere perfet-

---

(14) L'ordinamento giudiziario della Libia, 20 marzo 1913 stabilisce che nei Tribunali per gl'indigeni (art. 10) accanto al giudice regionale vi siano due assessori indigeni mussulmani (art. 19); presso ogni Tribunale regionale e presso la Corte d'appello devono esservi poi uno o più interpreti giurati che possono fare da cancelliere e intervenire in camera di consiglio (art. 22).

(15) Cfr. Lessona, *Prove*, 3ª ed., vol. I, n. 315; Chiovenda, *Principii*, pag. 673.

(16) Il principio, stabilito dall'art. 62 dello Statuto, per il quale nelle Camere è data facoltà di servirsi della lingua francese ai membri che appartengono ai paesi in cui questa è in uso, trova riscontro negli artt. 274 e 374 della legge 13 novembre 1859 sulla pubblica istruzione, e nell'art. 54 della legge 16 feb-

tamente ambedue le lingue (come infatti le conoscevano, anche se non lo confessavano, i giudici austriaci); o istituendo in ogni organo giudiziario due sezioni, una delle quali tenga udienza in italiano, l'altra in tedesco. Ma il primo sistema sarebbe preferibile. La lingua d'ufficio dovrebbe essere determinata di volta in volta per ogni causa: e sarebbe molto semplice la determinazione nelle cause in cui tutte e due le parti fossero italiane o tedesche, perché l'atto stesso di citazione verrebbe a dare la norma. Le difficoltà sorgerebbero nelle cause fra un italiano e un tedesco: in questi casi si potrebbe stabilire che la lingua d'ufficio fosse l'italiana, pur riservando al tedesco il diritto di esprimersi in tedesco all'udienza e di indurre testimoni e documenti tedeschi: oppure si potrebbe lasciare la scelta al consenso delle parti, e, in caso di dissenso, alla discrezionalità del giudice, che dovrebbe in ogni modo emettere in simili casi una sentenza bilingue. Al principio della bilinguità degli atti processuali non repugnerebbe il principio di adottare come esclusiva lingua d'ufficio la italiana per tutti quegli atti dei funzionarî giudiziarî che non rientrano in senso tecnico nel vero e proprio processo (per es.: tenitura dei registri d'ordine, del libro fondiario e commerciale, corrispondenza d'ufficio, ecc.). Inoltre, qualora si adottasse il sistema, secondo me da scartarsi, di istituire in ogni Tribunale e in ogni giudizio distrettuale due sezioni, una italiana e una tedesca, si dovrebbe permettere alle parti e ai testimonî di esprimersi in italiano nella sezione tedesca, o in tedesco nella sezione italiana, tenendo sempre a loro disposizione un interprete d'ufficio assolutamente gratuito.

Per gli appelli contro le sentenze pronunciate nell'Alto Adige in cause trattate in tedesco dovrebbe essere istituita presso la competente Corte d'appello una sezione bilingue, che fosse realmente per i Tedeschi dell'Alto Adige quello che solo nominalmente era per gli Italiani del Trentino la sezione di Innsbruck; per i ricorsi in cassazione, si potrebbe senza altro adottare la lingua italiana in ogni caso, nominando però come relatore un consigliere che conoscesse il tedesco.

16. — Colla questione della lingua d'ufficio è strettamente connessa la questione del trattamento da farsi al personale giudiziario che l'Austria teneva nella Venezia tridentina (17). I magistrati italiani del

---

braio 1913 sull'ordinamento del notariato; tale principio è per consuetudine osservato in Val d'Aosta anche nei giudizî. Cfr. Racioppi-Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, III, § 656 (Torino, 1909).

(17) Dalla citata Statistica giudiziaria austriaca del 1915, appare che nel 1912 dipenderanno dall'*Oberlandesgericht* di Innsbruck circa 250 giudici delle diverse categorie; se si considera che da Innsbruck dipendeva, oltre il Tirolo, anche il

Trentino, in quanto non siano ritenuti politicamente indegni, possono essere senz'altro lasciati in carica. Ma come si dovrà provvedere, dopo l'annessione, per i giudici tedeschi dei tribunali dell'Alto Adige?

È da notarsi, che dei giudici tedeschi nell'Alto Adige, alcuni sono oriundi della regione, altri sono importati da Innsbruck e da altre parti dell'Austria: e poiché l'Austria come mezzo efficace di *intedescamento* si serviva appunto di funzionarî che venivano inviati dal centro alla periferia, s'intende come i giudici tedeschi irradiati nei tribunali dell'Alto Adige fossero elementi tutt'altro che italofili e concilianti, e come tra essi potessero esser noverati rappresentanti ferventi del partito nazionale liberale tirolese, *longa manus* del partito pangermanista. Si potrebbe citare nomi e fatti; basti dire che tra i giudici del Tribunale di Bolzano vi sono ancora due che nello scorso ottobre intervennero ad un congresso tenuto a Bressanone dal partito nazionale tirolese, per far voti che non solo all'Alto Adige ma neppure al Trentino toccasse la sciagura di esser ceduto all'Italia!

Ora, per verità, non sembra che in una regione come è l'Alto Adige, ove la sapienza politica del governo italiano si dimostrerà nell'eliminare tutte le cause di attrito fra la popolazione italiana e quella tedesca, sarebbe molto utile mantenere come giudici, dopo la pace, funzionarî che prima della nostra vittoria furono mandati in quella regione con un compito politico di battaglia contro l'italianità; onde, se al momento dell'annessione, questi giudici tedeschi non oriundi dell'Alto Adige non chiederanno spontaneamente di tornare oltre Brennero, sarà atto politicamente legittimo e opportuno quello di non accettarli fra i magistrati italiani. I giudici per i tribunali bilingui dell'Alto Adige potranno essere così reclutati tra quelli già in carica oriundi della regione, e tra quelli di tutto il Regno che potranno in pochi mesi rendersi pratici del tedesco, come si dovrà imporre a quei giudici tedeschi che saranno mantenuti nei tribunali dell'Alto Adige di perfezionarsi subito nell'italiano fino ad averne padronanza perfetta. Ritengo che in questo modo i giudici reclutati dall'Austria fra la popolazione tedesca dell'Alto Adige continuerebbero ad essere buoni giudici sotto l'Italia come furono sotto l'Austria, a meno che il trattamento morale ed economico dato dall'Italia ai suoi magistrati non dovesse per avventura suscitare in loro il rimpianto di quello ch'essi per il passato erano abituati a ricevere dall'Austria.

Voralberg, e che nel Tirolo era compreso anche il *Kreisgericht* di Innsbruck, mi sembra che si possa calcolare che i magistrati verî e proprî impiegati nella Venezia tridentina fossero fra i 100 e i 150.

17. — Mi sembra che resulti chiaro da questa mia esposizione che i problemi giudiziarî suscitati nelle terre redente e specialmente nell'Alto Adige dalla occupazione italiana non sono né pochi né semplici. Auguiramoci che il pregiudizio, appoggiato a considerazioni più appariscenti che consistenti, di consacrare la definitiva unità della Patria col raccoglierla tutta sotto una unica legge, anche se questa sia cattiva e indegna dei tempi nuovi, non prevalga tra i nostri governanti; prima di prendere decisioni di tal fatta bisognerebbe che chi ha la responsabilità del potere si rendesse conto delle reali condizioni delle terre redente, e specialmente di quelle che, come l'Alto Adige, rappresentano una incognita e un punto sensibile della nostra futura vita nazionale.

Queste mie note, scritte pochi giorni dopo aver deposto la divisa militare, sono state pensate e raccolte fra Trento e Bolzano, e non sono frutto di preconcetti cattedratici, poiché non v'è osservazione in esse contenuta sulla quale io non abbia chiesto schiarimenti e consigli a giureconsulti locali di indubbia autorità. Né credo che si commetta delitto di lesa Patria, riconoscendo onestamente che, se il nostro soldato è per valore e per bontà uno dei migliori del mondo, non deriva da questa verità come conseguenza necessaria che sia uno dei migliori del mondo il nostro Codice di procedura civile.

II

IL PROGRAMMA DI POLITICA GIUDIZIARIA DEI SOCIALISTI TEDESCHI (*)

I problemi di politica giudiziaria sono stati finora sistematicamente trascurati dai varî partiti italiani, nessuno escluso: e invano nei loro programmi si cercherebbe su questo argomento, sotto le solite frasi generiche e approssimative, qualche idea chiara e precisa che riveli una conoscenza seria e approfondita del tema nei suoi aspetti politici e tecnici. Né par che a questa generale mancanza di preparazione faccia eccezione il partito socialista, il quale nel programma pubblicato per le ultime elezioni politiche non ha saputo far di meglio che ritirar fuori dal magazzino delle belle frasi, care ai vecchi programmi della democrazia, nientedimeno che « la giustizia gratuita « con giudici elettivi ». Tanto più interessante appare perciò conoscere da noi qual'è il programma di politica giudiziaria della socialdemocrazia tedesca, ormai partito di governo, la quale ha visto da poco tempo salire un suo gregario, il deputato RADBRUCH, professore di diritto all'Università di Kiel, ad occupare la carica di Ministro della Giustizia del *Reich*. Il RADBRUCH ha avuto occasione di esporre il programma di politica giudiziaria suo e del suo partito in un discorso da lui tenuto come deputato al *Reichstag* nella seduta del 25 gennaio 1921 (1), riconfermato poi in un ordine del giorno presentato all'ultimo congresso del partito tenuto a Görlitz nel settembre scorso (2) e più recentemente in una circolare del 31 ottobre da lui diretta ai funzionarî dipendenti nell'assumere l'ufficio di Ministro (3): le linee

---

(*) [Pubblicato in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (Milano), a. XX, 1922, P. I, pagg. 155-169]. [*Bibliografia*, n. 68].

(1) Riportato sulla *Iuristische Wochenschrift* del 10 ottobre 1921 (n. 19), pag. 1218.

(2) Riportato sulla *Deutsche Richterzeitung* del 1° dicembre 1921 (n. 10), pag. 310.

(3) Riportato sulla *Iuristische Wochenschrift* del 15 novembre 1921 (n. 22), pag. 1389.

generali di tale programma meritano di esser conosciute non solo perché esse servono a farci intendere quale sarà probabilmente nel prossimo avvenire l'orientamento delle riforme giudiziarie nelle Repubblica tedesca, ma perché esse sono enunciate da un giurista di professione, al quale la preparazione tecnica, provvido contrappeso ad ogni eccesso demagogico, non dovrebbe far difetto.

A base del suo programma di riforme giudiziarie, il nuovo Ministro germanico pone questa premessa: che le classi lavoratrici hanno ormai perduto ogni fiducia nella giustizia ordinaria, ancora amministrata dagli uomini e secondo le leggi del vecchio regime; e che « lo stato di guerra è dichiarato tra popolo e giustizia ». Questa sfiducia del popolo nella magistratura non colpisce la giustizia civile, perché le cause che si dibattono dinanzi ai tribunali civili vertono quasi esclusivamente tra persone abbienti; mentre le classi lavoratrici hanno per le controversie del lavoro speciali organi giudiziarî di loro fiducia (*Gewerbegerichte* e *Kaufmannsgerichte*); ma investe soprattutto la giustizia penale, la quale, specialmente nei processi di natura politica, si sarebbe inspirata, in una serie di decisioni di cui il Radbruch enumera le più caratteristiche, ad una sistematica ostilità contro il nuovo regime repubblicano e ad una interpretazione delle leggi inconciliabile collo spirito democratico della nuova costituzione (4). Assumendo il posto di Ministro della Giustizia, il Radbruch si propone appunto di riportare mediante le sue riforme la fiducia del popolo nella giustizia ordinaria. E la sua circolare del 31 ottobre comincia infatti così: « Non come uomo di parte, ma proprio come giurista, « io mi propongo per il periodo della mia permanenza al Ministero « questo compito principale: trarre la giustizia fuori dalle fiamme delle « lotte di parte. Cioè: restaurare la fiducia fra popolo e giustizia ».

È da notare innanzitutto che, come mezzo pratico per raggiungere questo scopo, il Radbruch non pensa neanche lontanamente a proporre la introduzione del sistema del giudice elettivo; se, durante i lavori preparatorî della nuova costituzione repubblicana, l'idea del giudice elettivo fu affacciata anche in Germania da qualche rappresentante dei partiti più avanzati, gli stessi socialisti, scendendo dalla teoria nel campo della realtà pratica, dovettero poi persuadersi che il sistema della elezione popolare dei giudici, il quale pone la giustizia alla mercè della politica, sarebbe stato esiziale alla indipendenza della magistratura; e appunto per conservare tale indipendenza, indispensabile soprattutto nei regimi democratici, il partito socialista tedesco, che nel programma di Erfurt aveva incluso il giudice elettivo tra i

(4) Su questo argomento è stato pubblicato anche un volume dal Kuttner, *Warum versagt die Iustiz?* (Verlag für Sozialwissenschaft G. m. b. H., 1921).

suoi postulati, ha ora abbandonato del tutto questo postulato nel recente programma di Görlitz.

Né il RADBRUCH si propone di sovvertire le basi dell'attuale ordinamento giudiziario nel senso di introdurre nell'amministrazione della giustizia un maggior numero di giudici *popolari* (*Laienrichter*: cioè giudici non giuristi assunti temporaneamente agli uffici giurisdizionali) a detrimento dei giudici *di carriera* (*Berufsrichter*: cioè giudici forniti di cultura giuridica specializzata e posti in condizione di impiegati stabili dello Stato). L'idea, che ha avuto anche in questi ultimi anni ferventi sostenitori in Germania, di restaurare il prestigio della giustizia mediante l'intervento anche in materia civile di assessori non giuristi ai lati del giudice di carriera (5) non è accolta dal RADBRUCH, il quale, pur rispettando il sistema attuale nel quale il giudice di carriera rappresenta la regola e il giudice popolare rappresenta l'eccezione, si limita a chiedere che là dove l'ordinamento giudiziario attuale ammette l'intervento di giudici popolari, come per gli scabini (*Schöffen*) e i giurati (*Geschworenen*) dei tribunali penali, la loro scelta avvenga in modo da garantire che essi siano veramente la espressione di tutte le classi sociali non escluse le più umili classi lavoratrici, mediante un sistema di rappresentanza proporzionale simile a quello con cui sono oggi eletti i componenti dei tribunali industriali. Per ciò che si riferisce ai giudici di carriera, il RADBRUCH ritiene che si debba mirare a *ringiovanire* la magistratura, non solo materialmente nel senso di abbassare i limiti di età, ma anche spiritualmente, nel senso di favorire l'ingresso negli uffici giudiziarî di elementi non ostili all'orientamento democratico della nuova costituzione. Per ottenere ciò il RADBRUCH propone: *a*) la riforma dell'istruzione giuridica universitaria; *b*) l'ammissione nella carriera giudiziaria, accanto ai giovani giuristi usciti dalle Università, di pratici non provvisti di regolari studî accademici.

a) Sul primo punto il RADBRUCH ritiene che l'attuale ordinamento degli studî giuridici universitarî debba essere capovolto; mentre esso si fonda attualmente in Germania su questi tre principî: « prima la teoria e poi la pratica », « prima la storia del diritto e poi il diritto moderno », « prima il diritto privato e poi il diritto pubblico », esso dovrebbe uniformarsi in avvenire, secondo il RADBRUCH, ai tre principî diametralmente opposti. La pratica dovrebbe farsi contemporaneamente o interpolatamente allo studio teorico (*Zwischenpraxis* o *Ferienpraxis*), lo studio del diritto romano dovrebbe esser posto alla fine dei corsi, il diritto pubblico dovrebb'essere studiato assai più ampiamente del

(5) Cfr. per es.: GUTTMANN, *Die Umgestaltung des Zivilprozesses*, Berlin, 1919, pagg. 20-27; NIEDNER, *Sozialisierung der Rechtspflege*, Leipzig, 1920.

diritto privato, e lo studio economico dovrebbe così intimamente esser connesso collo studio giuridico da far sì che ogni giurista si sentisse anche per metà economista. Il programma socialista di riforma universitaria si avvicina così, almeno per ciò che si riferisce alla *Zwischenpraxis*, alle note idee dello ZITELMANN anche recentemente da lui riaffermate (6). Anche sulle modalità del tirocinio giudiziario, il RADBRUCH vorrebbe modificare il sistema attuale, nel senso che il praticante, invece di esser posto fin dal primo giorno del tirocinio in un ufficio giudiziario, dovrebbe passare un primo periodo a contatto colla vita pratica del diritto, per conoscere com'essa si svolge, ad esempio, presso i segretariati del lavoro, presso gli uffici di collocamento, ecc.

b) Sul secondo punto il RADBRUCH sostiene che, per ringiovanire la magistratura cogli elementi più adatti tolti dalle classi popolari, la carriera giudiziaria dovrebbe essere aperta non solo ai giovani usciti dallo studio giuridico universitario, ma anche a coloro che senza avere una speciale preparazione teorica, avessero però acquistato una sufficiente preparazione pratica coll'esercizio di qualche ufficio a ciò idoneo (come ad es., l'ufficio di segretario del lavoro o di cancelliere giudiziario). In questo senso è stata presentata nel luglio scorso al *Landtag* prussiano una proposta secondo la quale « a tutte le persone adatte e praticamente sperimentate appartenenti ad ogni classe sociale, che avessero superato l'esame richiesto per diventare assessore giudiziario, dovrebbe esser concessa l'ammissione in magistratura anche quand'esse non abbian seguito il corso di studi universitarî finora prescritto »; e il relatore ha osservato che « in origine era stato proposto di ammettere agli esami per assessore giudiziario i segretarî del lavoro dopo un corso di istruzione di due anni; questa proposta non è stata approvata per il suo carattere politico, ma tuttavia si è riconosciuto che in molti ceti sociali si trovano persone che potrebbero acquistare le attitudini necessarie per l'ufficio di giudice, senza bisogno di imporre ad esse il lungo corso di studî richiesto dalle leggi attuali. Si pensi agli ausiliarî giudiziarî, ai direttori di uffici, agli insegnanti, ai giornalisti ». Questa proposta ha trovato, naturalmente, grandi opposizioni tra i giudici di carriera; notevole, in senso contrario, un articolo pubblicato sull'argomento dal HEINZE, che fu ministro della giustizia prima del RADBRUCH (7).

---

(6) *Die Vorbildung der Iuristen*, Leipzig, 1909; *Die Neugestaltung des Rechtsstudiums*, Berlin, 1921; *Die Vorbildung des Volkswirte und der Iuristen* in *Deutsche Iuristen Zeitung* del 1° luglio 1921, nn. 13-14, pag. 448.

(7) *Zur Frage der Richterauswahl*, nella *Deutsche Iuristen Zeitung* del 1° ottobre 1921, nn. 19-20, pagg. 665-667.

Un altro caposaldo del programma socialista in materia giudiziaria è quello della ammissione delle donne negli ufficî della giustizia. La nuova costituzione repubblicana ha posto nell'art. 109 il principio della assoluta parificazione politica dei due sessi (« *Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsburgerlichen Rechte und Pflichten* »); e di fronte a una formula così assoluta e generica parrebbe che, sotto l'impero della costituzione attuale, l'ammissione delle donne agli uffici giurisdizionali non potesse più, ormai, essere oggetto di dibattito. Senonché, nonostante l'art. 109 surricordato, le ostilità contro l'apertura degli uffici giudiziarî alle donne sono ancora vivissime; e a chi fa notare che ormai la questione è stata risoluta affermativamente dalla costituzione, gli oppositori obbiettano, parafrasando il noto assioma inglese, che la costituzione può tutto, meno che... cambiare una donna in uomo; meno che distruggere, cioè, quei caratteri fisici e psichici proprî del sesso femminile, i quali rendono le donne irrimediabilmente inadatte alla funzione giurisdizionale (8). Questa è la conclusione alla quale è pervenuto, discutendo ampiamente la questione, il quarto Congresso dei magistrati tedeschi, che è stato tenuto a Lipsia nel maggio scorso. Sul tema ha presentato una ampia relazione, il Presidente del Tribunale di Potsdam STADELMANN (9); partendo dall'art. 128 della nuova costituzione secondo il quale « tutti i cittadini senza distinzione sono ammessi agli uffici pubblici secondo le disposizioni della legge, corrispondentemente alle loro attitudini e al loro rendimento », il relatore ha posto il problema in questi termini: « può la donna corrispondentemente alle sue attitudini e al suo rendimento essere ammessa all'ufficio di giudice senza pericolo della giustizia? »; e, scindendo poi questo problema generale in tanti problemi particolari, ha risposto negativamente alla più gran parte di essi per una serie di considerazioni di cui le principali sono le seguenti. L'ammissione della donna tra gli scabini o tra i giurati in materia penale non è consigliabile, perché la donna appare inadatta a questi ufficî sia per ragioni psichiche (prevalenza del sentimento sulla ragione, mancanza di obbiettività, maggiore impressionabilità), sia soprattutto per la sua costituzione fisica la quale fa sì che in certi periodi le caratteristiche psichiche suaccennate si accentuino fino a raggiungere una forma quasi patologica. Anche se si ritenesse che in condizioni normali la donna sia adatta a esercitare le funzioni di giudice penale, bisognerebbe tenerla lontana dagli ufficî giudiziarî

(8) Cfr. il discorso tenuto al 4° congresso dei magistrati tedeschi dal RISS, in *Deutsche Richterzeitung* del 1° luglio 1921, n. 7, pag. 203.

(9) *Die Zulassung der Frau zum Richteramt* (nella *Deutsche Richterzeitung*, cit., pag. 196).

nei periodi in cui essa si trova in condizioni fisicamente anormali: e bisognerebbe, per le donne che si trovassero in questi periodi, stabilire un dovere di astensione, con corrispondente diritto di ricusazione nei giudicabili, che darebbe luogo a inconvenienti pratici insuperabili. A ciò si aggiunga che per imputati di sesso maschile un tribunale composto di donne non potrebbe rivestire quell'autorità che l'organo giudiziario deve sempre avere sui giudicabili. Soltanto negli speciali tribunali per minorenni (*Iugendgerichte*) l'intervento della donna potrebbe essere utile, non già però in funzione di giudicante, ma unicamente in funzione di ausiliaria del giudice. L'ammissione della donna come giudice popolare (*Laienrichter*) nelle controversie civili non è da respingere in modo assoluto: nella giustizia civile il sentimentalismo ha minori stimoli e quindi offre minori pericoli, e la donna può utilmente essere ammessa, ad esempio, nei tribunali del lavoro, dinanzi ai quali si discutono questioni delle quali essa, come lavoratrice, può avere speciale esperienza. Contro l'ammissione della donna nella carriera giudiziaria come giudice stabile (*Berufrichter*) militano invece le stesse ragioni che si oppongono al suo ingresso nella giustizia penale. Queste conclusioni del relatore sono state approvate a grandissima maggioranza: su circa 250 votanti solo 5 hanno votato a favore della incondizionata ammissione della donna a tutti gli uffici giudiziarî.

Nonostante questa sì recisa opposizione della magistratura, i progetti presentati al *Reichstag* nel 1920 e 1921 per l'ammissione delle donne agli ufficî giudiziarî sono già numerosi; i più si limitano tuttavia a proporre che la donna sia ammessa a far parte della giuria in materia penale, e qualcuno restringe la proposta ai soli tribunali per minorenni e ai soli casi in cui nei tribunali ordinarî sia imputata una donna. Le ragioni a favore dell'ammissione della donna negli uffici giudiziarî si possono leggere in un discorso pronunciato al *Reichstag* dalla Dottoressa Luders (10) nella seduta del 25 gennaio 1921; e nel citato discorso del Radbruch pronunciato nella stessa seduta (11). Senonché è da notare che mentre in quel discorso il Radbruch parlando dal banco di deputato sosteneva la illimitata ammissione delle donne a tutti indistintamente gli ufficî della magistratura, nella recente circolare egli si limita a promettere dal banco di ministro la loro ammissione allo scabinato e alla giuria in materia penale, e non manifesta più il proposito di aprire alle donne le porte della carriera giudiziaria ordinaria.

---

(10) *Iuristische Wochenschrift* del 15 luglio, n. 14, pag. 817.
(11) *Iuristische Wochenschrift* n. 19, pag. 1221.

Nel programma di riforma giudiziaria dei socialisti tedeschi non mancano accenni ai difetti del processo civile: il RADBRUCH nel suo discorso del 25 gennaio, si dichiarava fautore, per motivi non solo finanziarî ma anche tecnici, del giudice unico in prima istanza e della limitazione dei mezzi di impugnativa. Ma soprattutto egli insisteva allora, e insiste ora nella sua circolare del 31 ottobre, sulla necessità di introdurre un procedimento preventivo di conciliazione (*Güteverfahren*), dal quale le parti siano obbligate a passare prima di adire gli organi giudiziarî in sede contenziosa. L'idea della necessità di questa *Güteverfahren* destinata a diminuire il sempre crescente numero dei processi e ad alleggerire così i tribunali dall'opprimente sopralavoro ha trovato in questi ultimi anni caldi fautori in Germania, dove è stata perfino fondata una « *Vereinigung von Freunden des Güteverfahrens* » (12); ma i pareri sono diversi quando si tratta di stabilire le modalità pratiche secondo le quali questo procedimento dovrebbe essere attuato: secondo alcuni l'ufficio di tentare la conciliazione dovrebb'essere lasciato agli stessi organi giudiziarî ordinarî, mentre secondo altri (e tra questi è il RADBRUCH) tale funzione dovrebbe essere affidata a organizzazioni private e pubbliche (segretariati di lavoro, camere di commercio, ecc.) o anche alle rappresentanze dei Comuni. Il procedimento di conciliazione dovrebbe essere pochissimo costoso, la comparizione delle parti senza assistenza di avvocati dovrebb'essere obbligatoria, il rifiuto di una parte ad accettare la transazione proposta dall'organo conciliatore potrebbe portare qualche pregiudizio a danno di essa nella fase contenziosa. È notevole, peraltro, che da alcune fasi contenute nella più volte ricordata circolare del 31 ottobre 1921 appare che, nella intenzione di coloro che propugnano l'introduzione di questa *Güteverfahren*, gli ufficî di conciliazione debbano avere poteri così ampî da trasformarsi a poco a poco in vere e proprie giurisdizioni di equità: « nel procedimento di conciliazione — dice il RADBRUCH — io vedo principalmente una giustizia d'equità dinanzi a giudici popolari accanto alla giustizia contenziosa dinanzi ai giudici di carriera, una giurisdizione del *ius gentium*, della *Equity* accanto alla giurisdizione del *ius civile*, della *common law* ». Espressamente infatti il GUTTMANN (13) sostiene che gli ufficî di

---

(12) I capisaldi del programma di questa Lega sono riportati in *D.I.Z.* 1916, 422; per la letteratura, oltre i citati scritti del GUTTMANN e del NIEDNER, cfr. LEVIN, *Die rechtliche Natur und zweckmässige Gestaltung des Güteverfahrens* e BOVENSIEPEN, *Das prozessvorbeugende obligatorische Güteverfahren*, in *Rhein. Zeitschrift*, VIII (1916), pagg. 207 e 239: cfr. anche STEIN, *Grundniss des Zivilprozessrechts*, Tubingen, 1921, pag. 3.

(13) *Op. cit.*, pagg. 5-20.

conciliazione debbano essere destinati, rinnovando un ciclo già altra volta svoltosi nella storia, a diventare veri e proprî tribunali di equità accanto ai tribunali di stretto diritto, cosicché, da questo punto di vista, il movimento per la introduzione di una generale *Güteverfahren* obbligatoria eccede i ristretti limiti del campo processuale, e si riannoda alle tendenze della scuola del diritto libero, che con profonda trasformazione dell'attuale sistema costituzionale, vorrebbe trasferire il potere di formulare il diritto dagli organi legislativi negli organi giudiziari (14). È opportuno altresì avvertire che la proposta di introdurre questa *Güteverfahren* obbligatoria trova ostilissimo (e si capisce il motivo) l'ordine degli avvocati, il quale, formulando recentemente in quindici punti i desiderati dell'avvocatura tedesca in materia giudiziaria, così si è espresso a proposito della proposta suddetta: « Un procedimento obbligatorio di conciliazione che in qualsiasi forma ponga in luogo della sentenza del giudice una transazione forzata (comparizione forzata, esclusione di rappresentanza per mezzo di avvocati) dev'essere combattuta come dannosa » (15).

In complesso il programma di politica giudiziaria sostenuto dai socialisti tedeschi, se è in qualche punto discutibile, non sembra, nelle sue linee fondamentali, demagogicamente utopistico; esso tien conto della realtà e si limita in gran parte a sostenere riforme che trovano fautori anche tra i tecnici indipendentemente da ogni preconcetto politico. Anche da non socialisti e da magistrati di carriera, com'è il Niedner, consigliere del *Reichsgericht* è fortemente sentita la necessità di procedere a una *Sozialisierung* ovvero *Popularisierung* della giustizia nel senso di riavvicinare la giustizia al popolo, sì che questo torni ad avere piena fiducia nei suoi giudici.

I tribunali del lavoro in Germania

Nell'ultimo Congresso dei magistrati italiani che si svolse in Firenze nella scorsa primavera, fu oggetto di interessante dibattito, tra i vari temi posti in discussione, anche il problema delle giurisdizioni speciali e dei loro rapporti colla magistratura ordinaria: e dopo una lucida e dotta relazione del sostituto procuratore generale Duttino (relazione che ci auguriamo di poter presto veder pubblicata, insieme cogli altri preziosi contributi portati dai varî relatori del Congresso

---

(14) Su questa tendenza: cfr. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921.

(15) *Richtlinien der Vorstandes des Deutschen Anwaltverein*, in *Iur. Woch.* del 15 aprile 1921, n. 8, pag. 433.

alle più difficili questioni della riforma giudiziaria) fu approvato un ordine del giorno, col quale si augurava che, abolita in materia civile tutti gli organi speciali di giurisdizione creati fuori dall'ambito della magistratura ordinaria, le controversie finora deferite a questi organi speciali fossero attribuite alla competenza dei Pretori, accompagnati, là dove la decisione dovesse avvenire secondo criteri di equità, da assessori non giuristi con voto deliberativo (seduta del 30 maggio 1921).

Questo voto dei magistrati italiani merita di esser attentamente considerato, perché, se non ci inganniamo, esso, uscendo dalla quasi unanime ma sterile critica colla quale finora la dottrina si è limitata a condannare il moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali, senza domandarsi se esse per avventura non rispondano a una non reprimibile necessità sociale dell'ora presente, suggerisce con senso profondamente realistico una riforma pratica capace di raggiungere insieme questi due scopi: da una parte lo scopo di richiamare, di riassorbire per così dire, entro le file della magistratura ordinaria questi irregolari senza legge e senza gerarchia che sono oggi le giurisdizioni speciali; e dall'altra lo scopo di mantenere al fianco del magistrato togato, la presenza di quelli elementi popolari il cui intervento riteniamo utilissimo in tutti quei campi in cui il giudice si trova a dover applicare, anziché un diritto già cristallizzato in legge, un diritto allo stato nascente, che attraverso il conflitto degli interessi economici cerca ancora la sua stabile formulazione.

A criterî non diversi da quelli accolti dai magistrati italiani si inspira in Germania una tendenza oggetto in questi ultimi anni di vivaci discussioni nei congressi e sui fogli giuridici, la quale mira a incorporare (*eingliedern*) stabilmente nel sistema degli organi giudiziarî ordinarî le giurisdizioni speciali sorte anche in Germania, a somiglianza dei nostri Probiviri, per risolvere certe categorie di controversie nascenti dal contratto di lavoro. Attualmente per risolvere queste controversie esistono in Germania i *Gewerbegerichte* (L. 29 luglio 1890, modificata dalla L. 29 settembre 1901) ed i *Kaufmannsgerichte* (L. 6 luglio 1904), destinati a risolvere i primi le controversie tra industriali e operai, e i secondi le controversie tra i padroni di aziende commerciali e i loro ausiliarî: tanto gli uni quanto gli altri furono istituti come tribunali speciali posti fuori dalla magistratura ordinaria, e a farne parte furono chiamati giudici non giuristi, rappresentanti di interessi economici di classe, a composizione paritaria, sotto un presidente neutrale.

Ma questi due tipi di tribunali speciali, istituiti solo per alcune categorie di lavoratori, e solo in alcuni Comuni (la loro istituzione è obbligatoria solo nei Comuni la cui popolazione superi i 20.000 abi-

tanti) non sembrano ormai più sufficienti, dato il grande sviluppo che in questi ultimi anni, e specialmente dopo la rivoluzione in senso sociale, ha preso in Germania la cosiddetta legislazione del lavoro: talché, come si pensa a coordinare in un corpo di leggi organico e unitario gli svariati rapporti di diritto sostanziale nascenti dal contratto di lavoro (16), così si propone di creare per la tutela giurisdizionale di questi rapporti un unico organo giudiziario comune a tutte le categorie di controversie tra lavoratori e datori di lavoro, il quale dovrebbe appunto denominarsi *tribunale generale del lavoro* (*das allgemeine Arbeitsgericht*).

Sulla necessità di istituire, con competenza estesa a tutto il campo del diritto del lavoro, organi giudiziarî forniti di quelli speciali caratteri che hanno assicurato finora ai *Gewerbegerichte* ed ai *Kaufmannsgerichte* la fiducia delle classi lavoratrici, regna quasi assoluto consenso; ma i dissensi si moltiplicano quando si passa a discutere le numerose questioni pratiche relative alla posizione organica da darsi agli istituendi tribunali: e per farsi un'idea esatta delle contrapposte tendenze e della abbondante letteratura uscita in questi ultimi tempi sull'argomento, niente è più utile a leggersi della Relazione presentata su questo tema al 4° Congresso dei Magistrati tedeschi dal *Reichsgerichtrat* Bewer (17), rappresentante di quella tendenza, prevalsa poi all'unanimità tra i congressisti (18), che vorrebbe ricondurre la nuova giurisdizione del lavoro nell'ambito dell'ordinamento giudiziario ordinario.

Esclusa *a priori* la convenienza di affidare alle scarse finanze dei Comuni la istituzione dei nuovi tribunali del lavoro, i quali, a differenza dei *Gewerbegerichte* e dei *Kaufmannsgerichte* esistenti finora, dovranno funzionare in ogni Comune, anche in quelli meno popolosi e più distanti dai centri urbani e scartata altresì, per ragioni ugualmente finanziarie, la possibilità di costruire dalle fondamenta, a spese

---

(16) L'art. 157, capov. 2 della nuova costituzione pone al *Reich* il compito di creare un diritto del lavoro unitario.

(17) La relazione presentata nella seduta del 22 maggio 1921, col titolo *Eingliederung der Arbeitsgerichte in die Amtsgerichte*, è pubblicata per intero, col resoconto della discussione che ne seguì, nei numeri 6 e 7 della *Deutsche Richterzeitung* (1° giugno e 1° luglio 1921), pag. 163 e segg., pag. 193 e segg.

(18) L'ordine del giorno approvato ha questo tenore. « 1°) Si devono formare « tribunali del lavoro con procedimento speciale, tale da garantire una pronta e « semplice decisione, e con partecipazione paritaria di elementi popolari; 2°) Questi « tribunali devono essere incorporati nei tribunali ordinarî; 3°) Si deve creare per « il campo del diritto del lavoro, e ciò così per le controversie individuali come « per quelle collettive, una giurisprudenza uniforme mediante la concessione di « un ricorso al Tribunale dell'Impero ». (Cfr. *Deutsche Richterzeitung*, cit., pag. 196).

dello Stato, una organizzazione giudiziaria interamente nuova, del tutto indipendente e separata da ogni categoria di organi, giudiziarî o amministrativi, finora esistenti, le principali tendenze che si contrastano il campo sono due: da una parte si vorrebbe appoggiare gli istituendi tribunali del lavoro a organi amministrativi, cioè agli uffici del lavoro (*Arbeitsämter*); dall'altra parte si vorrebbe invece attrarre i tribunali del lavoro nell'ambito dell'ordinamento giudiziario, coordinandoli con quelli organi giudiziarî di prima istanza, all'incirca corrispondenti ai nostri Pretori, che sono gli *Amtsgerichte*. La prima opinione, recentemente sostenuta dal LANDSBERGER, presidente del *Gewerbegericht* di Charlottenburg, nel Congresso del *Verband deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgericht* (19), tiene conto, anziché della natura della funzione (giurisdizionale e non amministrativa) che i tribunali del lavoro saranno chiamati a esercitare, della materia (diritto del lavoro) sulla quale essi dovranno giudicare; e reputando conveniente che il regolamento giuridico del lavoro nelle sue diverse esplicazioni sia totalmente concentrato in organi complessi, divisi in varî rami secondo le varie funzioni (conciliazione; vigilanza sul lavoro; distribuzione del lavoro, ecc.), sostiene che i tribunali del lavoro dovrebbero costituire appunto una sezione di questi organi di natura prevalentemente amministrativa. Di fronte a questa tendenza, la quale è psicologicamente giustificata soprattutto dal timore che, ove i tribunali del lavoro siano istituiti a lato degli organi giudiziarî ordinarî possano andar perduti in questo contatto tutti i pregi di speditezza e di semplicità per i quali è lodato oggi il procedimento usato dinanzi ai *Gewerbegerichte* (20), la tendenza sostenuta dal BEWER e da altri autorevoli conoscitori della materia, quale il SILBERSCHMIDT (21), afferma che i tribunali del lavoro, data la natura schiettamente giurisdizionale delle loro funzioni, non potrebbero senza gravi pericoli per la loro indipendenza essere incorporati in organi di tutt'altra indole, e che la loro naturale e logica sistemazione non può trovarsi altrove che nell'ordinamento giudiziario. Secondo i fautori di questa seconda opinione, che sembra destinata a prevalere, i tribunali generali del lavoro, competenti a decidere tutte le controversie civili originate dal contratto di lavoro manuale o intellettuale, dovrebbero cessare di essere una giurisdizione speciale (*Sondergericht*) e d'ora in poi dovrebbero essere considerati come

---

(19) Cfr. BEWER, scritto cit., n. IV, pag. 173 e segg.

(20) Cfr. ABEL, *Arbeitsgerichte und Zivilprozessreform*, in *Iuristische Wochenschrift*, 1921, pag. 260.

(21) *Die arbeitsrechtlichen Aufgaben des 32. Deutschen Iuristentag*, in *Leipz. Zeitsch.* del 12 settembre 1921, n. 18, pag. 526: cfr. dello stesso *Die Sondergerichtsbarkeit in Handels- u. Gewerbesachen* (Beilageheft zu Bd. 55, *Z. für H. R.*, pag. 270).

tribunali ordinarî, nel senso del § 13 della Legge sull'ordinamento giudiziario; in questo modo, anziché aggiungere un nuovo organo alla gerarchia giudiziaria ordinaria, si verrebbe a creare nell'interno di organi ordinarî già esistenti (*Amtsgerichte*) altrettante sezioni (*Abteilungen*) con speciale competenza e speciale procedimento. La relazione organica dei tribunali del lavoro di fronte agli *Amtsgericht* resulterebbe dunque analoga a quella nella quale secondo l'attuale ordinamento si trovano di fronte ai *Landgerichte* le Camere per le cause commerciali, che sono costituite da un magistrato appartenente al *Landgerichte* assistito da due giudici commerciali non giuristi (*G. V. G.* § 109). Anche i tribunali generali del lavoro dovrebbero essere costituiti collegialmente, sotto la presidenza di un magistrato avente il titolo di *Amtsrichter*, assistito da giudici popolari eletti dalle varie categorie di lavoratori e di datori di lavoro: e, dove fosse necessario, questa speciale sezione dell'*Amtsgericht* destinata a decidere le controversie del lavoro potrebbe a sua volta suddividersi in varie Camere, costituite ciascuna, sempre sotto la presidenza dell'*Amtsrichter*, dai rappresentanti di diverse categorie economiche di interessati (industrie, commercio, agricoltura, navigazione e pesca, miniere, lettere ed arti).

I tribunali del lavoro, anche in questa nuova sistemazione che toglierebbe ad essi il carattere di giurisdizioni speciali, dovrebbero esser costituiti in modo da inspirare, per la loro composizione personale e per il loro funzionamento, la massima fiducia nel popolo; collegio formato a sistema paritario; esclusione degli avvocati; procedimento celere e inspirato a facilitare i componimenti; limitazione dei mezzi di impugnativa. Soprattutto i fautori di questa riforma pongono in luce che questi tribunali del lavoro dovrebbero avere, nella decisione delle liti ad essi sottoposte, estesi poteri equitativi (22), in armonia colla loro missione di pacificazione sociale nelle lotte insorgenti tra capitale e lavoro: a tale scopo, anzi, qualcuno riterrebbe conveniente dal punto di vista politico-sociale che anche gli ufficî per la conciliazione dei conflitti economici individuali o collettivi nascenti dai rapporti di lavoro fossero istituiti accanto ai tribunali del lavoro, quantunque la funzione di conciliazione abbia natura schiettamente amministrativa e non giurisdizionale (23).

Con particolar cura gli studiosi di questi problemi insistono sulla necessità di intensificare nelle Università tedesche l'insegnamento del diritto del lavoro, allo scopo di dare ai magistrati destinati ad assumer

---

(22) Cfr. specialmente SILBERSCHMIDT, scritto citato in *Leipz. Zeits.*, col. 532 e 533.

(23) Cfr. BEWER, Relazione cit., pagg. 178-180.

l'ufficio di *Amtsrichter* la preparazione tecnico-giuridica indispensabile per tenere la presidenza dei tribunali del lavoro (24). D'altra parte, per raggiungere nella giurisprudenza di questi organi quella uniformità nelle decisioni di massima che ha fondamentale importanza in un diritto, qual'è per ora il diritto del lavoro affidato in gran parte alla formulazione giudiziaria di tribunali di equità, propongono che presso il *Reichsgericht* si crei una apposita sezione composta di consiglieri specialmente competenti in materia, per la decisione dei ricorsi contro le sentenze dei tribunali del lavoro di tutto il *Reich* (25).

Tutto questo movimento di riforma nel campo delle giurisdizioni del lavoro merita d'esser seguito con attenzione anche da noi, poiché prima o poi dovremo deciderci anche in Italia a riportare un po' di simmetria nell'attuale caotico intrecciarsi di giurisdizioni speciali e a coordinare cogli organi giudiziarî ordinarî quelle di esse che non sembri possibile sopprimere. Merita poi soprattutto di esser raccolta anche da noi l'idea di creare contro le decisioni dei tribunali di equità un mezzo di ricorso a un organo centrale unificatore della giurisprudenza: se l'unificazione della giurisprudenza, alla quale serve, o dovrebbe servire, l'istituto della Cassazione, sembra utile di fronte alle decisioni dei tribunali ordinarî, il cui ufficio è quello di applicare un diritto già staticamente fissato in rigide formule legislative, indispensabile sembra questo controllo di fronte alle decisioni di tribunali d'equità, i quali, mediante l'intervento dei rappresentanti di classi economicamente contrapposte, hanno l'ufficio di attingere direttamente dalla coscienza sociale dei giudici un diritto che ancora è in formazione. Se si vuol che dalla giurisprudenza dei tribunali del lavoro scaturisca e si maturi a poco a poco il nuovo diritto del lavoro, non si può abbandonare a sé stesso questo lento processo di costruzione giurisprudenziale senza un organo centrale che lo coordini e lo disciplini. Un primo esempio di organo centrale istituito per unificare la giurisprudenza dei tribunali di equità si potrebbe trovare in Italia in quella Commissione centrale istituita dal D. lt. 1° maggio 1916, n. 490 art. 14, e confermata dall'art. 17 del D. lt. 9 febbraio 1919, n. 112, per giudicare i ricorsi per incompetenza ed eccesso di potere contro le decisioni delle commissioni locali in materia di impiego privato.

Ma il passo è ancora troppo timido e troppo breve per esser proficuo: e soprattutto ad ogni efficace funzione di unificazione giurisprudenziale repugna la norma per la quale a questa Commissione centrale

---

(24) Silberschmidt, scritto cit., pag. 533; Bewer, Relazione cit., pag. 169.

(25) Cfr. Silberschmidt, scritto cit., pag. 534; Bewer, Relazione cit., VII, pagg. 180-181.

si può ricorrere soltanto per incompetenza e per eccesso di potere, mentre per render possibile un efficace controllo della Commissione centrale sulla giurisprudenza delle Commissioni di prima istanza bisognerebbe che il ricorso ad essa potesse basarsi anche sul motivo di violazione dell'equità, cioè di violazione di quel diritto non scritto che le Commissioni di prima istanza sono chiamate appunto a formulare *in thesi* e ad applicare *in ypothesi*.

Le riforme processuali in Germania dall'inizio della guerra

Le leggi emanate in Germania dall'inizio della guerra ad oggi in materia processuale offrono largo campo di indagine anche agli studiosi italiani, non tanto considerate in sé stesse, che hanno valore di rimedî eroici transitoriamente adottati per un periodo d'eccezione, quanto considerate come indici di tendenze non transitorie che faranno sentire indubbiamente il loro influsso sulla nuova riforma generale del processo civile per la quale anche in Germania fervono gli studî preparatorî.

Circa un anno dopo lo scoppio della guerra europea fu emanata la *Verordnung des Bundesrats zur Entlastung der Gerichte* del 9 settembre 1915, scopo della quale era quello di ridurre nella misura più ampia possibile il lavoro dei tribunali, che, date le eccezionali circostanze belliche, non si trovavano più in grado di funzionare col rendimento dei tempi normali. Il provvedimento più caratteristico tra quelli adottati dalla *Verordnung* 9 settembre 1915 fu la introduzione dinanzi ai tribunali di prima istanza del *procedimento monitorio obbligatorio*, consistente, all'ingrosso, in ciò: che mentre secondo il settimo libro del *C.P.O.* (§§ 688-703) il creditore di una determinata somma di denaro o di una determinata quantità di cose fungibili poteva scegliere tra la via del procedimento di cognizione ordinario mirante a ottenere una sentenza di condanna e la via del procedimento monitorio mirante a ottenere un ordine di pagamento (*Zahlungsbefehl*), secondo le disposizioni del 9 settembre 1915 il creditore era obbligato a ricorrere sempre a questa seconda via più semplice e più sbrigativa, e se, nonostante tali disposizioni, egli avesse tuttavia tentato di iniziare mediante citazione un regolare giudizio di cognizione, la sua citazione (*Klage*) non valeva come atto iniziale del giudizio di cognizione, ma veniva considerata dalla legge, con una specie di conversione obbligatoria, come una semplice richiesta di ordine di pagamento (26).

---

(26) Cfr. per maggiori particolari: Levin, *Die Bundesratsverordnung zur Entlastung der G.* vom. 9, IX, 15, in *D.I.Z.*, 1915, 966 e Vierhaus, nello stesso argomento, in *D.I.Z.*, 1916, 14.

La novità essenziale di tale disposizione consisteva dunque nella *obbligatorietà* del procedimento monitorio: la quale era stabilita non tanto per vincere la reluttanza dei creditori a servirsi di questo speciale procedimento (reluttanza che in realtà non poteva esistere, perché il procedimento monitorio è proprio fatto apposta per favorire i creditori) quanto per evitare che professionisti legali, i quali per ragioni evidenti non mostrano neppure in Germania eccessive simpatie per i procedimenti troppo celeri, « boicottassero » il procedimento monitorio, sistematicamente consigliando i loro clienti a seguire, anche nelle cause per pagamento di credito, le forme del procedimento ordinario. Questa misura così rigorosa suscitò, naturalmente le più aspre proteste degli avvocati tedeschi (27); cosicché, in seguito alla loro agitazione, un nuovo decreto del 18 maggio 1916 revocò i primi dodici paragrafi della precedente *V.O.* 9 settembre 1915, (che regolavano il procedimento monitorio obbligatorio dinanzi ai *Landgerichte*), e conservò l'obbligatorietà di questo procedimento solamente per i crediti di minor valore, di competenza degli *Amtsgerichte* (§§ 13-17). Altre disposizioni notevoli della *V.O.* 9 settembre 1915, secondo il testo modificato il 18 maggio 1916, sono quelle del § 18, che istituisce dinanzi agli *Amtsgerichte* il tentativo obbligatorio di conciliazione; del § 20 che dichiara inammissibile l'appello nelle cause su crediti di valore interiore ai 50 marchi; del § 23 il quale, nelle cause in cui le parti sono rappresentate da avvocati, ammette che in certi casi la decisione possa aver luogo senza precedente trattazione orale. Ciascuna di queste disposizioni rappresenta una manifestazione, sia pure ancora timida e limitata, di altrettante tendenze che potrebbero in seguito avere un ulteriore influsso sulla legislazione processuale germanica: per ciò che si riferisce al § 18, già abbiamo visto come il procedimento preliminare di conciliazione dinanzi a tutti i tribunali civili di prima istanza sia in Germania uno dei capisaldi del programma socialista in materia giudiziaira; anche la tendenza a limitare i mezzi di impugnativa, di cui è indice il § 20, trova nella scienza processuale autorevoli fautori, tra cui basti ricordare il Prof. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, dell'Università di Amburgo — uno tra i più colti e moderni spiriti della giovane generazione di processualisti tedeschi — il quale anche di recente (28) affermava che il più importante compito della riforma

---

(27) Cfr. VOLKMAR, *Anwaltsnotlage und Gerichtsverfassung*, in *D.I.Z.*, 1916, 387; e *Mahnverfahren und Ausblick*, *ibidem*, 591; SCHIFFER, *Rechtsanwaltschaft und Mahnverfahren*, *ibidem*, 158 e in genere la ricca letteratura sull'argomento in WARNEYER, *Zivilprozessordnung* 4 Aufl. Leipzig, 1920, pagg. 1159-1160.

(28) *Formalismus und Zivilprozess*, II, in *Iuristische Wochenschrift* del 1° marzo 1921, n. 5, pagg. 259-260.

processuale sarà quello di combattere la febbre di impugnative rivelata dalle ultime statistiche giudiziarie, e di introdurre il sistema della unica istanza, corretto soltanto da un ricorso a un organo centrale per il mantenimento della uniforme interpretazione giurisprudenziale. Anche la disposizione del § 23 che riconosce in alcuni casi la superfluità della trattazione orale si riannoda a un movimento scientifico, il quale tende a riportare in onore il processo scritto, in antagonismo a quel fondamentale principio della oralità sul quale fu basato, nella intenzione dei suoi preparatorî, l'ordinamento processuale che tuttora vige in Germania. Notevoli sono a questo proposito gli scritti pubblicati dal BUHMANN (29), il quale prendendo come punto di partenza questo § 23, sostiene la opportunità di introdurre su più vasta scala mezzi per risparmiare la trattazione orale nei casi in cui essa si risolverebbe in una perdita di tempo; e dal GRÜNEBAUM (30), il quale dopo aver francamente dichiarato che il principio della oralità è ridotto in Germania a una illusione dottrinaria, smentita dai fatti nella quotidiana pratica dei tribunali dinanzi ai quali la trattazione orale va sempre più riducendosi a una rara eccezione, immagina il processo dell'avvenire come « una trattazione essenzialmente scritta e facoltativamente « orale, con un numero di scritture di regola limitato, e con termini « prestabiliti per lo scambio delle scritture ». Così, se questa tendenza riuscisse a prevalere, la legislazione processuale germanica rinnegherebbe totalmente, dopo quasi mezzo secolo di esperimento, quei principî sui quali i suoi fondatori la vollero edificare.

Il fenomeno non può lasciare indifferenti noi italiani; poiché, mentre in Italia il disegno CHIOVENDA per troncare alle radici il profondo disagio in cui si trascina la nostra vita giudiziaria, propone di ricostruire *ab imis* il nostro procedimento secondo il principio dell'oralità, non si può trascurare il fatto che in un paese, com'è la Germania, dove vige una legislazione inspirata appunto a questo principio, si verificano in pratica gli stessi inconvenienti che si lamentano da noi, e si propone addirittura, per rimediarvi, di tornare al sistema del processo scritto! Non crediamo che in Germania queste proposte siano destinate a prevalere: riteniamo anzi che anche nella legislazione germanica i definitivi rimedî dei mali presenti si cercheranno, sull'esempio austriaco, piuttosto nel rinvigorimento che nell'abbandono di quel principio dell'oralità, che nella pratica dei tribunali germanici sembra ormai di fatto grandemente rilassato; ma, ciò nonostante, non

---

(29) *Formalismus und Zivilprozess*, IV, in *Iuristische Wochenschrift* del 1° luglio 1921, n. 13, pag. 707.

(30) *Die Neuordnung des Bürgerrechtsganges*, *ibid.*, pag. 710 e segg.

ci sembra che mentre si prepara in Italia la tanto invocata riforma del processo civile si possa passare sotto silenzio queste critiche che una parte della scienza processuale tedesca rivolge alla propria legislazione.

Dopo le riforme processuali a carattere provvisorio del 9 settembre 1915-13 maggio 1916, nuove modificazioni al procedimento civile germanico sono state di recente apportate dalla legge dell'11 marzo 1921, in vigore dal 1° aprile seguente, la quale mira anch'essa non già a riformare durevolmente il processo, ma a introdurre nuove misure d'urgenza allo scopo di alleggerire i Tribunali dall'eccessivo lavoro (*Gesetz zur Entlastung der Gerichte*) (31). La legge si divide in varî articoli (*Artikel*), dei quali soltanto alcuni si riferiscono al processo civile: l'art. 1, il quale modifica il § 14 della Legge sull'ordinamento giudiziario, innalzando la competenza dei Tribunali comunali (*Gemeindegerichte*) da sessanta a trecento marchi, e il § 23 della stessa Legge (già una prima volta modificato dalla Legge 8 aprile 1920) innalzando la competenza degli *Amtsgerichte* da 1.200 a 3.000 marchi, non è che una logica conseguenza della svalutazione del marco: dato il generale aumento dei prezzi e il conseguente aumento di valore delle controversie su diritti patrimoniali, è accaduto in Germania (lo stesso, come sappiamo, accade in Italia) che numerosi processi, i quali prima della guerra sarebbero stati di competenza degli *Amtsgerichte*, sono diventati oggi di competenza dei *Landsgerichte*; onde questi hanno visto aumentare enormemente il loro lavoro, mentre il lavoro degli *Amtsgerichte* è notevolmente diminuito in confronto a quello dell'anteguerra. L'art. 1, quindi, non fa altro che mettere in armonia i limiti di competenza per valore dei varî organi giudiziarî colle attuali condizioni economiche allo scopo di ristabilire tra essi la originaria distribuzione proporzionale delle cause da decidere; esso però con una tra le varie sue disposizioni viene anche ad ampliare la competenza degli *Amtsgerichte* in confronto a quella ch'essi avevano nell'anteguerra, perché dispone che d'ora in avanti siano di competenza degli *Amtsgerichte* tutte le controversie per l'adempimento di un'obbligazione legale d'alimenti derivante da matrimonio o parentela (32), nel che si dimostra una certa tendenza del legislatore germanico ad aumentar

---

(31) Di questa legge già fu dato qualche cenno in *Rivista dir. comm.* (1921, pag. 421). Ne parlano ampiamente, per quanto attiene al processo civile, il VOLKMAR (*Das G. zur Entl. der G. vom 11 März 1921*; *Die civilprozessualen Wirkungen*, in *Iur. Woch.* del 1° aprile 1921, pag. 378 e segg.); e il GRIMM (*Die zivilprozessualen Bestimmungen des Gesetzes zur Entlastung der Gerichte vom 11 März 1921*, in *Rhein. Zeits.*, anno XI, 1° e 2° fascicolo, pag. 125).

(32) Cfr. GRIMM, scritto cit., pagg. 127-131.

sempre più la competenza del giudice singolo, dinanzi al quale la giustizia, senza intervento obbligatorio di avvocati, può assumere un carattere assai più bonario e patriarcale che non dinanzi al giudice collegiale.

La tendenza di cui si è già visto un accenno nel § 20 della *V.O.* 9 settembre 1915, a limitare sempre più i mezzi di impugnativa, trova una nuova conferma nell'art. 2 di questa legge 11 marzo 1921, il quale aumenta la *summa appellationis* da 50 a 300 marchi: stabilendo tuttavia, per garantire che nelle cause inappellabili l'*Amtsrichter* pronunci la sentenza con ponderazione, che « la sentenza contro la quale « non è ammissibile l'appello, non può esser pubblicata, prima di « essere redatta in forma completa ».

Rappresenta invece una notevole innovazione (già con qualche precedente però nella Novella, 1° giugno 1909) l'art. VI, il quale contiene numerose disposizioni che autorizzano i governi dei varî Stati a trasferire nei cancellieri (*Gerichtsschreiber*) attribuzioni che finora erano di competenza dei giudici specialmente in materia di procedimento monitorio, di sequestro e di esecuzione. L'influsso dell'esempio inglese è qui evidente: il processo tedesco è stato accusato da varî scrittori, specialmente da ADICKES (33), di sprecare le forze del giudice in una quantità di attribuzioni secondarie meramente formali, le quali potrebbero senza danno essere esercitate da funzionarî ausiliarî, come praticato in Inghilterra, dove il *Master* ha attribuzioni molto più estese di quelle dei nostri cancellieri, e di conseguenza il giudice è alleggerito da una quantità di fastidiosi perditempi che, negli ordinamenti giudiziarî continentali, assorbono la massima parte della sua attività (34).

L'art. 4 della legge 11 marzo 1921 rappresenta dunque un primo passo per svincolare i magistrati da tutte quelle attribuzioni di natura meramente meccanica che non implicano esercizio del potere di decisione, e che servono soltanto a « burocratizzare » la funzione giurisdizionale (35); e non è da escludere che questo primo tentativo possa avere nelle prossime riforme processuali un ulteriore fruttuoso sviluppo, non solo in Germania, ma anche da noi, dove, se si vorrà notevolmente diminuire il numero dei magistrati allo scopo di poterli meglio selezionare e meglio retribuire, si dovrà non soltanto procedere

---

(33) Nel suo noto libro *Grundlinien durchgreifender Iustizreform* (Berlin, 1906).

(34) Cfr. su questa caratteristica del processo inglese, il libro del KOELLREUTTER, *Richter und Master*, Berlin u. Leipzig, 1908.

(35) Cfr. sulla tendenza a innalzare la condizione del cancelliere, STEIN, *Grundniss*, pag. 70; GRIMM, scritto cit., pagg. 134-139.

all'abolizione degli organi giudiziarî inutili e alla sostituzione in misura sempre più ampia del giudice unico al collegio, ma si dovrà altresì mettere il magistrato in condizione di non sprecare la sua preparazione intellettuale in lavori da amanuense.

Le disposizioni esaminate fin qui, hanno come si è avvertito, carattere di misura transitoria, destinata a mandare avanti le cose alla meglio mentre si prepara la riforma generale del processo civile. È da notare però che molte autorevoli voci si sono levate, dopo la emanazione di questa legge 11 marzo 1921, a lamentare che essa non sia stata efficace neanche come misura transitoria a far diminuire gli inconvenienti sempre più gravi della pratica giudiziaria. In una lettera aperta indirizzata nell'aprile 1921 al Ministro della Giustizia da un gruppo di autorevoli giuristi tedeschi (36) è detto con grande energia che, mentre si studia la riforma generale per compier la quale occorrerà ancora qualche anno, la paralisi della vita giudiziaria, prodotta dalla insufficienza del numero dei giudici in confronto alle cause da decidere, è tale, che occorre, senza discuter tanto, adottar subito alcuni provvedimenti radicali che gli stessi giuristi autori della lettera propongono. Le proposte più importanti sono le seguenti: estensione del sistema del giudice unico che oggi vige dinanzi agli *Amtsgerichte* (corrispondenti ai nostri Pretori) anche ai *Landsgerichte* (corrispondenti ai nostri Tribunali) con conseguente diminuzione nel numero dei componenti gli organi collegiali superiori; esecuzione provvisoria attribuita per legge a tutte le sentenze di primo grado in materia patrimoniale, allo scopo di troncare l'abuso degli appelli interposti soltanto per guadagnar tempo; facoltà data ai tribunali di dichiarare irrilevanti le violazioni di norme processuali, quando a loro avviso non ne sia minacciato l'interesse materiale di una parte; miglioramento delle condizioni economiche dei giudici, per arginare il sempre più numeroso esodo degli elementi migliori dalla magistratura verso le professioni libere (37).

Non è inutile avvertire che di fronte al problema della riforma del processo civile la gran maggioranza degli avvocati tedeschi mantiene un atteggiamento nettamente conservatore e contrario alle innovazioni troppo audaci ed energiche. La presidenza della Unione degli

---

(36) *Dringende Gesetzesvorschläge* (in *Iur. Woch.* del 15 aprile 1921, pag. 449) e le critiche di Stein nel n. 10 della *Leipziger Zeitschrift* (15 maggio).

(37) Nei nn. 19-20 (15 ottobre 1921) della *Leipziger Zeitschrift*, pag. 607 il presidente di sezione Dr. Philippi, rispondendo alle critiche mosse a tali proposte dal Prof. Stein, nel n. 10 della stessa *Rivista*, precisa la portata pratica di queste riforme urgenti.

avvocati tedeschi, tracciando le direttive per la riforma (38), si è dichiarata infatti favorevole a mantenere immutati i principî fondamentali dell'attuale ordinamento giudiziario e dell'attuale processo; e contraria alla introduzione illimitata del giudice unico in prima istanza, e alle restrizioni dei mezzi d'impugnativa.

(38) *Richtlinien*, cit., in *Iur. Woch.*, del 15 aprile 1921, pag. 433.

III

IL TRIBUNALE ARBITRALE MISTO ITALO-GERMANICO E IL SUO REGOLAMENTO PROCESSUALE (*)

SOMMARIO: 1. Origine dei T. a. m.; fonti. — 2. Interesse scientifico e pratico di uno studio sui T. a. m. — 3. Schema del Reg. di procedura del T. a. m. italo-germanico. — 4. Ordinamento interno del T. a. m. — 5. Competenza. — 6. Rappresentanza e assistenza legale. — 7. Gli Agenti dei governi: analisi della loro funzione. — 8. Forme e termini. — 9. Fasi del procedimento. — 10. Istanza introduttiva. — 11. Fase scritta. — 12. Procedimento preliminare facoltativo. — 13. Principî generali in materia di prove. — 14. I singoli mezzi di prova. — 15. La fase orale. — 16. Impulso processuale. — 17. Chiusura del procedimento. — 18. Misure conservative. — 19. Spese del giudizio. — 20. Esecuzione della sentenza e mezzi di impugnativa. — 21. Natura giuridica dei T. a. m. — 22. Poteri dei T. a. m. in relazione alle norme giuridiche processuali e sostanziali. — 23. Conclusione.

1. — Il Trattato di Versaglia, per la risoluzione delle controversie relative all'applicazione di quelle norme che regolano i rapporti economici tra i sudditi delle Potenze alleate od associate da una parte e la Germania o i suoi sudditi dall'altra (Parte X, *Clausole economiche*, artt. 264-312), prevede (Parte X, sez. VI, artt. 304-305) la creazione di numerosi Tribunali arbitrali misti (*Tribunaux arbitraux mixtes; gemischten Schiedsgerichtshöfe*; abbrev. T. a. m.) da istituirsi rispettivamente fra la Germania e ciascuna delle Potenze suddette (1). Il Trattato contiene alcune regole fondamentali sulla competenza e sul procedimento di questi T. a. m. (specialmente nei §§ 18-24 dell'Allegato all'art. 296; e nei §§ 1-9 dell'Allegato all'art. 304); ma stabilisce altresì che « ciascun T. a. m. stabilirà da sé « la sua procedura, in quanto questa non sia regolata » dalle disposizioni ora ricordate (art. 304 lett. *d*). In virtù di questa specie di delegazione legislativa, sulla natura della quale avrò occasione di tornare (n. 22, *a*) la isti-

(*) [Pubblicato in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, a. XX, 1922, P. I., pagg. 293-340; ristampato in *Studi*, II, pagg. 89-159]. [*Bibliografia*, n. 69].

(1) Disposizioni analoghe si trovano nel Trattato di S. Germano (Parte X, Sez. VI, 256-257) e negli altri Trattati di pace; ma, a mia scienza, esse non hanno avuto ancora alcuna attuazione in Italia, mentre, come appare dalla nota seguente, hanno dato già luogo a numerosi Regolamenti fuori d'Italia.

tuzione di questi Tribunali, ognuno dei quali ha potere di dare a sé stesso la propria legge processuale, non ha avuto per conseguenza la formazione contemporanea di un unico Regolamento processuale comune, ma la emanazione successiva e sporadica di altrettanti Regolamenti quanti sono i Tribunali già entrati in funzione — veri e proprî Codici di procedura civile in miniatura, forniti ciascuno di peculiari caratteri.

I Regolamenti processuali per tal modo emanati assommano già a una diecina: franco-tedesco (abbrev. *Fr.*) 17 aprile 1920 (2); greco-tedesco (abbrev. *Gr.*) 15 ottobre 1920 (3); anglo-tedesco (abbrev. *Ingl.*) 13 novembre 1920 (4); belga-tedesco (abbrev. *Bg.*) 26 gennaio 1921 (5); giapponese-tedesco (abbrev. *Gp.*) 29 gennaio 1921 (6); siamese-tedesco (abbrev. *S.*) 28 marzo 1921 (7); jugoslavo-tedesco (abbrev. *Iu.*) 20 maggio 1921 (8); cecoslovacco-tedesco (abbrev. *Cs.*) 15 dicembre 1921 (9); polacco-tedesco (abbrev. *P.*) della stessa data (10); rumeno-tedesco (abbrev. *R.*) 9 marzo 1922 (11). Fra gli ultimi nella serie dei T. a. m. finora entrati in funzione è stato istituito il 5 dicembre 1921 il T. a. m.

---

(2) *Reichs-Gesetzblatt*, 1920, pag. 525, con modificazioni del 5 maggio 1921, *R. G. Bl.*, 1921, 509. Per questo e per gli altri Regolamenti processuali, eccettuato quello italiano-tedesco, mi riferisco sempre alla edizione bilingue pubblicata sul *R. G. Bl.* della Repubblica germanica, i cui numeri mi sono stati gentilmente procurati dal chiar. Prof. E. Rabel, membro tedesco del Tribunale italo-tedesco, che mi è caro ringraziar pubblicamente. Il testo dei varî Regolamenti dei T. a. m. trovasi anche in Isay, *Der Friedensvertrag zum Gebrauch vor den Sch. G.* (Berlin, 1921), nonché nella pubblicazione mensile *Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes* (Paris, Sirey, 1921), in cui sono riportati, oltre i Regolamenti citati nel testo, ai quali ho ristretto la mia indagine, anche quelli dei T. a. m. già costituiti franco-bulgaro (pag. 121), austro-belga (pag. 171), bulgaro-belga (pag. 231), franco-austriaco (pag. 242), greco-bulgaro (pag. 254), franco-bulgaro (pag. 305), anglo-austriaco (pag. 622), anglo-bulgaro (pag. 639), anglo-ungherese (pag. 655), greco-austriaco (pag. 672), austro-giapponese (pag. 821), jugoslavo-bulgaro (pag. 825).

(3) *R. G. Bl.*, 1920, 1741.

(4) *R. G. Bl.*, 1920, 1871.

(5) *R. G. Bl.*, 1921, 107, con modificazioni del 5 maggio 1921, *R. G. Bl.*, 1921, 509.

(6) *R. G. Bl.*, 1921, 95.

(7) *R. G. Bl.*, 1921, 345.

(8) *R. G. Bl.*, 1921, 691 con modificazioni 23 dicembre 1921, *R. G. Bl.*, 1921, 1657.

(9) *R. G. Bl.*, 1921, 1541.

(10) *R. G. Bl.*, 1921, 1557.

(11) In *Recueil* succitato, I, pag. 939 e seguenti. Cfr. per notizie sul funzionamento dei varî Tribunali misti, Detmold, *Mitteilungen zur Organisation der Schiedsgerichtshöfe und der deuts. Staatsvertretungen*, in *Iuristische Wochenschrift*, 1921, pag. 1440.

italo-germanico (12), il quale ha iniziato la sua attività deliberando il proprio Regolamento processuale, pubblicato, con decreto 1° gennaio 1922 del Ministro degli Esteri, nella *Gazzetta ufficiale* del 24 gennaio 1922 (13): allo studio di tale Regolamento è dedicata la presentata trattazione.

2. — I T. a. m., alcuni dei quali sono già in funzione da quasi due anni, costituiscono certamente uno dei più singolari ed interessanti organismi giuridici sorti in seguito ai Trattati di pace: e, poiché per questa loro singolarità e novità lo studio di essi è da più lati attraente, essi meritano tutta la attenzione dei cultori delle più svariate discipline giuridiche, ognuno dei quali, ponendosi dal suo punto speciale di vista, vi troverà preziose occasioni di indagine su argomenti attinenti al proprio campo di studî.

Gli internazionalisti, studiano la struttura ed i poteri di questi organi destinati a decidere controversie vertenti tra cittadini di Stati diversi, saranno tratti a riesaminare l'arduo tema degli organi comuni a più Stati, e, di conseguenza, le ancora dibattutissime questioni fondamentali sulla natura e sulle fonti del diritto internazionale; ai civilisti largo campo di ricerche sarà offerto dai numerosi e difficili casi pratici di conflitti tra diverse leggi nazionali che questi Tribunali arbitrali sono chiamati a risolvere colla loro giurisprudenza; e numerose questioni attinenti alla teoria generale del diritto, come potrebb'essere, per dirne una, quella delle lacune dell'ordinamento giuridico, potranno forse, in relazione a questi organi di giurisdizione comuni a più Stati, essere riprese utilmente in esame.

Ma questo mio studio non ha intenti sì vasti. Esso infatti vuol limitarsi a cogliere, dei T. a. m. e dei loro Regolamenti, e più specialmente di quello italo-germanico, il solo aspetto processuale nei suoi caratteri più notevoli. E non si deve credere che l'aspetto strettamente processuale sia il meno interessante: i compilatori di questi

---

(12) Nella persona dei signori: BERTA dott. GIUSEPPE, giudice del tribunale federale delle assicurazioni di Lucerna, presidente; ALBERICI gr. uff. PIETRO, presidente di sezione della Corte di Appello di Roma, arbitro italiano; RABEL dott. ERNESTO, professore di diritto all'Università di Monaco di Baviera, arbitro germanico.

(13) *Regolamento di procedura del tribunale arbitrale misto italo-germanico* (abbrev. *Reg.* o anche indicato colla semplice menzione degli articoli), in *Gazzetta ufficiale*, 1922, n. 19, pag. 142 e segg. Di esso l'*Ufficio di verifica e compensazione in dipendenza dei Trattati di pace*, istituito a Roma presso il Ministero per l'Industria e il Commercio, ha diramato, colla circolare n. 8749 del 25 gennaio 1922, un esteso sunto illustrativo. Il Regolamento è stato pubblicato in tedesco, col testo italiano a fronte, nel *R. G. Bl.*, 1922, n. 10, pag. 157.

numerosi Regolamenti si sono trovati di fronte al compito, in verità non molto agevole, di dover dar vita a un processo civile che fosse diverso da tutti quelli vigenti nei singoli Stati, e che nello stesso tempo utilizzasse nella misura più ampia possibile quegli istituti giudiziarî che costituiscono patrimonio comune di tutte o quasi tutte le legislazioni processuali dei diversi popoli: talché si può dire che la raccolta dei Regolamenti di procedura dei T. a. m., nei quali si è cercato di conciliare e di comporre ad unità concezioni giudiziarie spesso, per tradizioni secolari, tra loro lontanissime (si pensi, ad esempio, alla distanza che passa tra le concezioni proprie del processo inglese e quelle proprie delle legislazioni continentali), costituisca nella storia il primo tentativo di un processo comune a tutti gli Stati d'Europa, o addirittura — poiché nell'America del Nord vige in gran parte la procedura inglese, e poiché nella compilazione di uno di questi Regolamenti anche il Giappone ha potuto dire la sua parola — di un processo comune a tutti gli Stati del mondo civile.

Fenomeno di altissimo interesse, dunque, non solo per tutti gli studiosi di problemi giudiziarî, per i quali ognuno di questi Regolamenti avrà il valore di un saggio di diritto comparato « in azione »; ma specialmente per gli studiosi italiani, i quali, mentre si sta maturando un fondamentale rinnovamento del nostro processo civile, potranno indagare se in questa legislazione processuale resultante dal contributo e dalla cooperazione di sì diverse civiltà e costituente quindi in un certo senso l'ultima parola di tutte le esperienze giudiziarie compiute attraverso i secoli dai popoli europei, non siano per avventura contenuti insegnamenti ed esempî di cui anche l'Italia possa giovarsi nel preparare la sua riforma.

Intorno ai T. a. m. ed ai Regolamenti processuali esiste ormai, fuori d'Italia, tutta una letteratura: nel congresso dei processualisti tedeschi, che ebbe luogo a Lipsia nello scorso ottobre il Prof. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, docente all'Università di Amburgo, presentò una relazione su questo tema (14): l'insigne internazionalista ZITELMANN vi ha dedicato di recente un notevole studio (15); e numerosi sono, nei periodici tedeschi, gli scritti di carattere informativo sullo stesso argomento (16).

---

(14) La relazione, contenuta nel volume *Der Zivilprozess* (Ed. Benscheimer, 1922) è stata pubblicata troppo tardi per poter essere utilizzata nel presente studio.

(15) *Die Gem. Schiedsgerichtshöfe - Aufgaben und Hoffnungen* (Estratto dalla *Zeits. für int. Recht* di NIEMEYER Bd. XXIX).

(16) Cfr. sul trib. franco-tedesco: HERWEGEN, *Der g. Deutsch. Fr. Schiedsgerichtshöf* in *Deutsche Iuristen Zeitung*, 1920, 413; BONDI, in *I. W.*, 1920, 467; IOHANNES, *Zur Praxis des Verfahrens vor dem fr. deuts. g. Schiedsg.*, in *I. W.*, 1921, 130; sul trib. anglo-tedesco: ZACHARIAS, *Über das Verfahren vor dem*

In Francia si pubblica già un *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes institués par les Traités de Paix* (17). Da noi, a mia scienza, i T. a. m. e i loro Regolamenti processuali non sono stati ancora oggetto di indagine (18); la presente trattazione, perciò, senza voler essere uno studio critico approfondito e completo di una materia interamente nuova per poi, si propone lo scopo assai più modesto di offrire agli studiosi un fedele riassunto informativo delle più notevoli disposizioni relative al Tribunale italo-germanico e al suo procedimento (19), e di invogliarli così a dedicar la loro attenzione a questo argomento ricco di ardui problemi.

3. — Sulla generale struttura e anche su molte singole disposizioni del Regolamento per il Tribunale italo-germanico non è restato senza influsso (a parte, si intende, le norme processuali del Tr. Vers., le quali costituiscono il fondamento e la giustificazione anche di questo Reg.) l'esempio dei Regolamenti precedentemente emanati per gli altri T. a. m., soprattutto di quello per il Tribunale franco-germanico, il quale, essendo stato il primo della serie, ha in una certa misura servito da modello a tutti i Regolamenti successivi. Non si deve credere, peraltro, che tutti questi Regolamenti siano altrettante copie fedeli del primo: mentre il Regolamento per il Tribunale greco-

---

deutsch. engl. g. Schiedsg., in *I. W.*, 1921, 129; sul trib. belga-tedesco: HAGENS, *Das deuts. belg. g. Schiedsg.*, in *I. W.*, 1921, 257; sul trib. tedesco-jugoslavo: DORING, *Die P. O. des deutsch. südslaw. Schiedsg.*, in *I. W.*, 1921, 658; sul trib. tedesco-polacco: GRIMM, *Zur Einrichtung des deutsch-poln. g. Schiedsg.*, in *D. I. Z.*, 1922, 183; in genere: SCHÄTZEL, *Die P. O. der gem. Schiedsgerichtshöfe* in *D. I. Z.*, 1921, 243; ZWEHL, *Prozessführung vor dem G. Schiedsgerichtshöfen und deutsche Anwaltschaft*, in *I. W.*, 1922, pag. 339. Sul Tribunale cecoslovacco-tedesco, cfr. anche, per ultimo, DÖRING, in *I. W.*, 1922, 126. Notizie sui T. a. m. trovansi anche in ISAY, *Die privaten Rechte und Interessen im Friedensvertrag* (2ª ed., Berlin, 1921), IV. Abschnitt.

(17) Questa pubblicazione periodica (abbrev. *Rec.*) contiene, oltreché i Regolamenti e gli atti ufficiali concernenti i T. a. m. anche le loro decisioni, con la massima in tre lingue: francese, inglese e una terza lingua che dovrebb'essere... italiana!

(18) Si è pubblicato soltanto, per ora, PALOMBO, *I T. a. m. secondo le norme dei trattati di pace* (Roma, 1922, pag. 24), senza intenti scientifici.

(19) Sul Regolamento di procedura del Tribunale italo-germanico è stata pubblicata sulla *I. W.* del 15 marzo 1922, pag. 341, una interessante trattazione dell'arbitro tedesco Prof. RABEL (*Die Prozessordnung des deutsch-italienischen G. Schieds. G.*), alla quale nel corso di questo lavoro mi riferirò di frequente, perché essa rappresenta, dato l'ufficio che l'Autore ricopre e la parte ch'egli ha preso alla compilazione del Regolamento, una specie di interpr. autentica. Cfr. anche, su questo Regolamento, le osservazioni di FRANKENSTEIN, *ibidem*, pag. 344.

tedesco, e quello per il Tribunale siamese-tedesco, e in gran parte quello per il Tribunale rumeno-tedesco, riproducono quasi alla lettera le disposizioni del Regolamento franco-tedesco, caratteri profondamente originali ha da un lato il Regolamento del Tribunale anglo-tedesco, il quale, ispirandosi al processo inglese, si differenzia tipicamente da tutti gli altri Regolamenti, eccettuato quello del Tribunale giapponese-tedesco, che lo segue assai da vicino; mentre, d'altro lato, il Regolamento per il Tribunale belga-tedesco si distingue da quello per il Tribunale franco-tedesco per notevoli innovazioni, che sono passate poi nei Regolamenti iugoslavo-tedesco e cecoslovacco tedesco, e soprattutto in quello polacco tedesco, che del Regolamento belga-tedesco è in gran parte una copia. Questa legislazione processuale dei Tribunali misti è andata così perfezionandosi e correggendosi per via; e anche il Regolamento del tribunale italo-germanico, che pur deriva dal Regolamento belga-tedesco e, per il tramite di questo, dal comune modello franco-tedesco, apparisce in certe sue disposizioni come un ulteriore miglioramento dei Regolamenti precedenti.

Diviso in 83 articoli, distinti ciascuno da una propria intitolazione, il Regolamento per il Tribunale italo-germanico non contiene soltanto disposizioni relative al procedimento, ma altresì norme di organizzazione concernenti l'ordinamento interno e la competenza del collegio giudicante e dei suoi ausiliarî. La materia, raggruppata sotto una quindicina di titoli non numerati, è disposta secondo un ordine non molto diverso da quello seguito dagli altri Regolamenti: a una serie di *Disposizioni generali* (artt. 1-15) concernenti la costituzione e la competenza del Tribunale, le parti e i loro rappresentanti, e le forme processuali in genere, e ad alcune norme relative ai *Termini* (artt. 16-18), seguono le disposizioni sull'*Istanza giudiziale* (artt. 19-23) e sul *Procedimento* (artt. 24-30). Dopo alcuni articoli relativi a varî casi di domande incidentali (*Domande di chiamata in causa, di intervento volontario e domande riconvenzionali*: artt. 31-35) che possono dar luogo a una *Trattazione preliminare* (artt. 37-39), le prove son regolate dal titolo sulla *Istruzione della causa* (artt. 40-53); e il normale svolgimento del procedimento attraverso la discussione orale fino alla sentenza è oggetto del titolo seguente sulla *Trattazione della causa* (artt. 54-62): seguono disposizioni sulla *Sospensione del procedimento* (art. 63), sulla *Perenzione* (art. 64), sulla *Rinuncia e transazione della lite* (artt. 65-67). Ai rimedî contro la sentenza sono dedicati gli artt. 68-69 (*Revisione e rettificazione della sentenza*) ed ai *Provvedimenti di conservazione* gli artt. 70-75. Dopo altre disposizioni concernenti l'ordinamento interno del Tribunale (*Segreteria*: artt. 76-80), il Regolamento si chiude con alcune *Disposizioni finali* (artt. 81-83).

4. — In conformità dell'art. 304 lett. *a* del Tr. Vers., il Tribunale è composto da due arbitri, scelti uno dal governo italiano e uno dal governo tedesco, e da un presidente, cittadino di uno Stato neutrale, scelto in seguito a un accordo tra i due governi interessati (Reg. art. 1) (20). Il Tribunale è dunque costituito a sistema *paritario* e presenta per ciò una certa rassomiglianza, meramente esteriore si intende, con certi organi collegiali del nostro ordinamento interno, nei quali, sotto la presidenza di un elemento imparziale, sono chiamati a comporre il collegio i rappresentanti di contrapposti interessi di categoria (21).

La sede del Tribunale è in Roma, Via XX settembre 8 (22). Il § 9 dell'All. all'art. 304 del Tr. Vers. lascia al presidente di ciascun Tribunale misto la facoltà di fissare la data e il luogo delle udienze; ma i Tribunali misti hanno poi ritenuto più conveniente fissar preventivamente e stabilmente la loro sede mediante i loro rispettivi Regolamenti processuali, salva nel presidente la facoltà di variarla di volta in volta quando ciò gli sembri opportuno. L'art. 1 del nostro Reg. stabilisce appunto che il presidente « può disporre con decreto che le sedute per la trattazione di determinate cause e per il compimento di alcuni atti di una determinata causa siano tenute in altro luogo, in Italia o in Germania o altrove » (23).

Salvi i casi in cui il Regolamento disponga diversamente « le decisioni del tribunale sono prese a maggioranza di voti » (Reg. art. 1 cpv. ultimo) (24). Nei casi in cui qualche disposizione del Re-

---

(20) Cfr. Fr. art. 86; Bg. 1; Iu. 1; Cs. 1; P. 1. Per il suddetto art. 304 del Tr. Vers. la scelta del presidente spetta, in mancanza di accordo dei governi, al Consiglio della Lega delle Nazioni.

(21) Sui pericoli che tale composizione può presentare per la indipendenza e la imparzialità dei giudici, cfr. ZITELMANN, scritto cit., pagg. 7-9. L'art. 304 lett. del Tr. di Versaglia prevede la costituzione di più sezioni in quei Tribunali misti, il cui lavoro sia tale da non poter essere sollecitamente sbrigato da un solo collegio giudiziario. Tale disposizione è stata finora applicata soltanto al Trib. franco-tedesco, che fin dalla sua costituzione è stato diviso in quattro sezioni: cfr. *D. I. Z.*, 1920, pag. 413 in nota. Sulla costituzione dei T. a. m. cfr. in genere PALOMBO, scritto cit., pagg. 5-10.

(22) Meno che per i Tribunali misti iugoslavo-tedesco e cecoslovacco-tedesco, i quali hanno stabilito la loro sede a Ginevra, tutti gli altri tribunali misti hanno preso stanza a Parigi, o a Londra, cioè nelle capitali degli stati vincitori: cfr. Fr. 1 (Parigi); Ingl. 2 (Londra); Bg. 5 (Parigi); Gp. 43 (Londra); S. 1 (Parigi); Iu. 3 (Ginevra); Cs. 3 (Ginevra); P. 5 (Parigi); R. 1 (Parigi). Cfr. su ciò le critiche di HERWEGEN, in *D. I. Z.*, 1920, 413-414.

(23) Una sezione del Trib. franco-tedesco ha già tenuto sedute in Berlino cfr.: *D. I. Z.*, 1921, 354.

(24) Cfr. Tr. Vers., art. 304, lett. *a* cpv. ultimo; Fr. 70; Bg. 1; Iu. 1; P. 1.

golamento conferisce al presidente il potere di compiere determinati atti o emanare determinati provvedimenti (25), egli può, per speciali ragioni, delegare di volta in volta a uno degli arbitri l'esercizio di tale potere (art. 3) (26); d'altra parte le decisioni che il Reg. affida al presidente « potranno in caso di suo impedimento essere prese di comune accordo dai due arbitri » (art. 3) (27).

Organi ausiliarî del tribunale misto sono i due *Agenti dei governi*, dei quali avrò tra poco occasione di analizzare le funzioni (oltre, n. 7) e l'*Ufficio di segreteria*, costituito da due segretarî, uno italiano e uno tedesco (Reg. art. 76; cfr. Tr. Vers., art. 304 § 5) con funzioni analoghe a quelle delle nostre Cancellerie giudiziarie (28).

5. — Per l'art. 2 del Reg., il T. a. m. « è il solo giudice della propria competenza » (sulla portata reale di questa disposizione, cfr. oltre, n. 20 in fine); ma il Reg. non contiene alcuna norma che specifichi concretamente quali sono le categorie di controversie intorno alle quali il Tribunale è chiamato a decidere, e si limita, nello stesso articolo, a rinviare al Trattato di pace: « Il Tribunale è competente a giudicare delle controversie che gli sono deferite a termini del Trattato » (29).

---

(25) Es. art. 7 cpv. ultimo; 14 cpv.; 20; 28 cpv.; 29; 32; 47 cpv. 3°; 48 cpv. ultimo; 51; 72; ecc.

(26) Questa facoltà di delega non ha luogo, s'intende, nei casi in cui il presidente compie certi atti come delegato dell'intero collegio (es. artt. 43 e 44). Cfr. RABEL, scritto cit., pag. 341.

(27) Disposizione tratta da Bg. 2; cfr. P. 2.

(28) Cfr. Reg. artt. 76-80. Le principali attribuzioni pei segretari sono: la *documentazione* delle attività processuali (redazione dei verbali di prova e d'udienza: artt. 43, 47, 56; sottoscrizione degli atti: art. 77 Reg.: cfr. art. 60 n. 8 e art. 62 cpv.), la *tenuta di registri* (art. 78 Reg.); il *rilascio delle copie* (es. art. 62); le *notificazioni* (artt. 7; 24; 27; 61 cpv. ecc.); la *custodia degli atti di causa* (art. 6; art. 61) e la *tenuta dell'archivio* (cfr. Tr. Vers, art. 304 § 4: l'art. 80 Reg. dispone che « quando il tribunale avrà cessato di funzionare, la segreteria depositerà gli atti e i rapporti esistenti presso di essa nel luogo che sarà stabilito di accordo fra i governi italiano e germanico e provvisoriamente presso la Cancelleria della Corte di Appello di Roma »); *la conservazione e l'amministrazione delle somme* depositate dalle parti per le spese di causa (Reg. artt. 14 e 79). Il Reg. franco-tedesco negli artt. 92-95 disciplina minutamente le attribuzioni della segreteria, anche in relazione ai varî registri ch'essa deve tenere: il nostro Reg. art. 78 stabilisce invece che tali attribuzioni saranno più specialmente regolate dal Tribunale con un regolamento interno. L'Ufficio di segreteria provvede anche a fare eseguire copie dattilografiche, riproduzioni fotografiche (art. 28 cpv.), o traduzioni a spese delle parti (cfr. Reg. art. 6 e art. 4 cpv. ult.).

(29) Cfr. Fr. art. 87; S. art. 85; Bg. 3; P. 3.

Nel Trattato di pace manca d'altra parte una norma che determini con formula generale la competenza dei T. a. m., chiamandoli, per esempio, a decidere tutte le controversie su diritti patrimoniali nascenti in seguito allo stato di guerra tra sudditi tedeschi e sudditi delle Potenze alleate ed associate, o tutte le controversie su rapporti patrimoniali regolati da disposizioni dello stesso Trattato di pace (30). Il Trattato, invece, si limita a dire, nell'art. 304 lett. *b* che i T. a. m. « *jugeront les differends qui sont de leur compétence, aux termes des Sections III, IV, V et VII* »; l'unica via per stabilire quali siano in concreto i limiti della giurisdizione di questi Tribunali è dunque quella di rintracciare nelle surricordate Sezioni del Trattato le disposizioni che espressamente deferiscono alla loro cognizione determinate categorie di controversie; né sembra lecito, dato che questi Tribunali misti attingono il loro potere da una convenzione tra Stati e dato altresì che, di fronte ai sudditi degli Stati contraenti, essi appariscono come giurisdizioni speciali (cfr. oltre, n. 21) estendere la loro competenza oltre i casi concretamente previsti dal Trattato (31). La competenza dei T. a. m. è in tal modo concretamente limitata alle seguenti ipotesi (indirettamente richiamate anche dall'art. 21 del nostro Reg., che stabilisce i termini per l'istanza giudiziale):

a) Per la liquidazione dei rapporti di debito e credito passanti

---

(30) ZWEHL, in *I. W.*, pag. 339 li dice competenti « su tutte le controversie di dir. patrim. che hanno la loro origine in rapporti giuridici del tempo della guerra o del tempo anteriore, in quanto esse non siano di competenza dei tribunali nazionali o non debbano essere risolte dagli Uffici di verifica ». Cfr. PALOMBO, scritto cit., cap. III.

(31) Gli interpreti francesi del Trattato sostengono che il Tribunale arbitrale misto non solo ha competenza sulle controversie che ad esso sono espressamente deferite da singole disposizioni, ma anche in genere su tutte le controversie intorno a materie comunque regolate dalle sezioni III, IV, V e VII del Trattato. Il Tribunale arbitrale misto sarebbe dunque la « *juridiction de droit commun de toutes les matières de ces quatre sections* » (GIDEL et BARRAULT, *Le Traité de Paix avec l'Allemagne*, Paris, 1921, pag. 325; in questo senso si è anche pronunciata la quarta Sezione del Trib. misto franco-tedesco, nella decisione del 5 marzo 1921, in causa *Société vinicole de Champagne* contro *Mumm*, riportata per intero in *Rec.*, 1, pag. 22; su questa decisione, e a confutazione dell'avviso da essa seguito, cfr. MEURER, *Die Zuständigkeit der g. Sch. G. des Vers. F. V.*, estratto dalla *Zeitschr. für V. Recht* Bd. XII H. 3; NEUMEYER, *Der Fall Mumm vor dem Gem. deutsch-franz. Sch. G.*, in *Rhein. Zeit.*, XI (1921-22), pag. 209 e segg.). In questo modo, a parte le altre ragioni espresse nel testo per le quali mi sembra che la interpretazione restrittiva sia qui la sola lecita, tutte le disposizioni delle suddette sezioni del Trattato nelle quali la competenza dei Tribunali misti è espressamente richiamata verrebbero ad essere perfettamente oziose! Cfr. PARTSCH, *Ein Französischer Komm. zum FV.*, in *I. W.*, 1921, pag. 1397; ZITELMANN, scritto cit., pag. 3. Cfr. art. 14, *b* e *c*. Ingl.

(nei casi contemplati dall'art. 296 Tr. Vers., nn. 1-4) tra la Germania o un suddito tedesco da una parte e le Potenze alleate ed associate o un loro suddito dall'altra, il Trattato prevede la istituzione presso ciascuno degli Stati alleati od associati di un « Ufficio di verifica e di compensazione », che, mettendosi in relazione con analogo ufficio istituito in Germania, deve procedere secondo le norme contenute nei §§ 1 e seguenti dell'Allegato all'art. 296. Nel caso che uno degli Stati contraenti si valga (come l'Italia si è valsa con R. Decr. 2 maggio 1920 n. 695) della facoltà di istituire un Ufficio siffatto, il regolamento dei rispettivi debiti e crediti non può più essere effettuato direttamente fra i privati interessati (Tr. Vers., art. 296, lett. *a*: Alleg. a detto articolo § 3; cfr. R. Decr. 10 gennaio 1920 n. 87 art. 1 e R. Decr. 2 maggio 1920, art. 6), ma deve avvenire per il tramite dei due Uffici di verifica e compensazione, i quali applicheranno alla liquidazione dei debiti e crediti, rispettivamente denunciati loro dai connazionali interessati, le norme di diritto sostanziale contenute su questa materia nel Trattato di Pace (Parte X, sezione III « *Dettes* »). Può accadere però che nella liquidazione di tali rapporti sorga dissenso sulla esistenza o sulla misura del credito, o tra i due privati interessati (nel qual caso i due Uffici dovranno concordemente tentare la conciliazione: § 8 Alleg. all'art. 296) o anche tra i due Uffici, cioè, nel caso nostro, tra l'Ufficio italiano e l'Ufficio tedesco (32): in tale eventualità, il § 16 dell'Alleg. all'art. 296 del Trattato prevede per la risoluzione della controversia tre diverse vie: o l'arbitrato privato, se le parti vi consentono e nelle condizioni fissate da loro di comune accordo: o la cognizione del tribunale interno del domicilio del debitore, se lo richiede l'Ufficio dello Stato cui appartiene il creditore;

---

(32) Il § 16 dell'Alleg. all'art. 296 si esprime così: « *en cas de désaccord entre deux Offices sur la realité de le dette ou en cas de conflit entre le débiteur et le créancier ennemis ou entre les Offices...* ecc. »; e sembra così che voglia far differenza tra il caso di *désaccord* e il caso di *conflit* tra i due Uffici. Si tratta di una ridondanza verbale, o veramente di due diverse ipotesi? La Circolare n. 8749 dell'Ufficio verifica e compensazione italiano spiega che « i casi dell'ultima categoria (*conflit entre deux Offices*) evidentemente potranno riguardare questioni di principio o comunque indipendenti dalla regolazione di singole pendenze direttamente concernenti debitori e creditori »; mentre i casi di *désaccord entre deux Offices* riguardano « le controversie fra gli Uffici sulla esistenza di determinati debiti indipendentemente dalle parti, ciò che, ad esempio, può verificarsi allorquando il debitore sia sconosciuto o irreperibile, e l'Ufficio che dovrebbe rispondere del debito ritenga di dover contestarlo per conto suo ». In questo senso anche GIDEL e BARRAUL, *op. cit.*, pag. 326. Casi di questioni di principio sottoposte a un T. a. m. in caso di dissenso tra i due uffici si sono già verificati in pratica: cfr. decisioni del T. a. m. franco-tedesco del 19 ottobre 1921 (*Rec.*, I, 472); 15 dicembre 1921 (*Rec.*, I, 593); 20 marzo 1922 (*Rec.*, I, 919).

o la cognizione del T. a. m. Alla decisione del T. a. m. si deve ricorrere anche quando, essendosi trovati i due Uffici di verifica e compensazione d'accordo intorno alla esistenza e alla misura del credito, uno dei privati interessati voglia reclamare contro la decisione concordata tra i due Uffici (Tr. Vers. art. 296 Alleg. § 20) (cfr. Reg. art. 21, lett. *a*, *b*);

b) La Sez. IV della Parte X del Tr. Vers. (*Biens, droits et intérets*), che regola in generale la questione dei beni, diritti ed interessi privati in paese nemico durante la guerra, stabilisce (art. 297 lett. *c*) che i sudditi delle Potenze alleate o associate hanno diritto a una indennità per i danni causati ai loro beni, diritti o interessi in seguito a misure eccezionali di guerra o misure di disposizione (33) prese dalla Germania durante la guerra. I reclami concernenti queste indennità (le quali sono a carico della Germania e possono essere prelevate sui beni dei sudditi tedeschi esistenti nel territorio dello Stato del reclamante, secondo le modalità stabilite nel § 4 dell'Alleg. all'art. 297) (34) sono esaminati dal T. a. m. il quale fissa (o fa fissare da un arbitro da esso nominato) l'ammontare delle indennità. Se il bene che è stato oggetto della misura eccezionale di guerra esiste ancora in natura, il proprietario può reclamarne la restituzione (35),

---

(33) Per il significato di queste espressioni, cfr. il § 3 dell'Allegato all'art. 297.

(34) Cfr. intorno ai beni di sudditi tedeschi esistenti in Italia e alla loro liquidazione il r. decr. legge 10 aprile 1921, n. 470; e il r. decr. legge 22 dicembre 1921, n. 1962.

(35) Cfr. il decr. 20 luglio 1920 (*Gazz. Uff.*, 1920, pag. 2310) del Min. Industria e Comm. che invita i cittadini italiani a presentare i reclami per la restituzione dei beni tolti loro in forza di provvedimenti di alienazione presi dal governo germanico o da qualsiasi autorità germanica durante la guerra. Nel caso in cui un italiano si valga, conformemente alla lettera *f* art. 297 del Tr. Vers. e al sopra ricordato decr. 20 luglio 1920, della facoltà di reclamare la restituzione di un bene esistente ancora in natura in Germania, sarà competente il Tribunale arbitrale misto a decidere sulla fondatezza di questo reclamo, o invece la competenza del Tribunale misto sarà limitata al caso in cui l'italiano, non essendo riuscito a ottenere la restituzione del bene in natura o avendolo ricevuto deteriorato, faccia valere, in un momento successivo, il suo diritto all'indennità? Il testo dell'art. 297 Tr. Vers., lett. *e* ed *f* potrebbe dare argomenti per la prima soluzione; poiché, mentre alla lett. *e* è detto che i reclami volti a ottenere una indennità saranno esaminati dal Tribunale misto, alla lett. *f* si aggiunge che quando esiste ancora il bene in natura « *il sera satisfait à la réclamation prévue au paragraphe e* » (e cioè a uno di quei reclami che sono esaminati dal Tribunale misto) mediante la restituzione del bene stesso. Tuttavia dall'esame di altre disposizioni del Trattato, e specialmente dei §§ 6 e 7 dell'Alleg. all'art. 297 si posson trarre argomenti per ritenere che la questione dei beni da restituire in natura deve esser dibattuta tra il governo germanico e i governi degli altri interessati, mentre ai Tribunali misti possono essere sottoposte dai privati soltanto le questioni relative alle conseguenti indennità: cfr., in questo

accompagnata anche in questo caso da una indennità per gli eventuali deterioramenti o per il mancato godimento del bene durante il periodo in cui il proprietario ne è stato privato (Tr. Vers. art. 297, lett. *f*) (cfr. Reg. art. 21 lett. *f*).

c) In materia di contratti conclusi prima dell'entrata in vigore del Trattato di pace tra sudditi tedeschi e sudditi delle potenze alleate od associate, l'art. 304 lett. *b* del Tr. Vers. stabilisce in genere che tutte le controversie sono di competenza del T. a. m., eccettuate le controversie che, secondo il diritto vigente negli Stati alleati, associati o neutrali, sono di competenza dei tribunali nazionali di questi Stati. Anche per queste ultime controversie, il suddito di uno Stato associato od alleato potrà tuttavia portare l'affare davanti al T. a. m., a meno che la sua legge nazionale non vi si opponga (cfr. Reg. art. 21 lett. *c* e *d*). Ma, oltre questa regola generale, altre regole in materia di contratti si hanno per alcuni casi speciali, nella Sezione V della Parte X del Trattato (*Contracts, prescriptions, jugements*): per l'art. 299 lett. *a*, i contratti conclusi tra nemici sono considerati come retroattivamente annullati a partire dal momento in cui i contraenti siano divenuti nemici; ma lo stesso articolo, lett. *b*, dà facoltà ai governi delle Potenze alleate od associate (facoltà di cui l'Italia si è valsa mediante il Decr. 21 marzo 1920 pubbl. in *Gazz. Uff.* del 12 aprile 1920, e la notificazione 30 settembre 1920, in *Gazz. Uff.* del 6 ottobre 1920) di reclamare entro un termine di sei mesi dall'entrata in vigore del Trattato l'esecuzione di quei contratti, il cui mantenimento in vigore sia richiesto da motivi di interesse generale (« *dans un intérêt général* »): e nel caso che la esecuzione dei contratti così mantenuti importi per una delle parti, in seguito alle mutate condizioni del commercio, un pregiudizio considerevole, il T. a. m. potrà attribuire alla parte danneggiata una equa indennità (cfr. Reg. art. 21 lett. *g*) (36). Sempre in materia di contratti dispone l'art. 300 lett. *d* che quando un con-

---

senso, WEIL, *Zur Zuständigkeit der gemischten Schiedsgerichtshöfe*, in *I. W.*, 1921, 720. Anche il nostro Reg. art. 21, lett. *f* par che giustifichi questa seconda interpretazione.

(36) Sulla interpretazione da darsi all'art. 299, cfr. IOHANNES, *Zur Geschichte des Art. 299 des F. V.*, in *I. W.*, 1921, 1439; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Die Vorkriegsverträge (Art. 299 des F. V.) und das internationale Privatrecht*, in *I. W.*, 1921, 133; WOLFF, *ibidem*, pag. 19 e pag. 520, il quale dimostra che la indennità prevista dall'art. 299 *b* non deve essere pagata dalla Germania ma dal privato che profitta del mantenimento in vigore del contratto: SCHAUER, *Welche Bedeutung hat die « indemnité équitable » des Art. 299 des F. V.?*, in *I. W.*, 1921, 139. Il T. a. m. franco-tedesco, con decisione 30 luglio 1921 (*Rec.*, I, 344) si è dichiarato incompetente a decidere sulla esistenza in concreto di quell'interesse generale di cui parla l'art. 299, la valutazione del quale spetta soltanto ai governi delle Potenze alleate e associate.

tratto tra nemici è stato invalidato, sia per il motivo che una delle parti non ne ha eseguito una clausola, sia in seguito all'esercizio di un diritto stipulato nel contratto stesso, la parte danneggiata potrà rivolgersi al T. a. m. per ottenere la riparazione (cfr. Reg. art. 21 lett. *i*).

d) Per l'art. 300 lett. *a* del Tr. Vers. sul territorio degli Stati contraenti nei rapporti tra nemici qualsiasi termine di prescrizione, perenzione o decadenza si considera come sospeso durante la guerra, senza distinguere se abbia cominciato a decorrere prima dell'inizio della guerra, o dopo. Nel caso che, in seguito al mancato compimento d'un atto o di una formalità durante la guerra siano state prese sul territorio germanico misure di esecuzione a carico di un suddito di una delle Potenze alleate od associate, egli potrà ricorrere al T. a. m. (a meno che la controversia non sia di competenza di un tribunale interno di uno degli Stati alleati od associati), per far pronunciare la reintegrazione dei diritti lesi da tali misure di esecuzione e, qualora ciò non fosse né possibile né equo, l'assegnazione alla parte danneggiata di una indennità che sarà a carico della Germania (art. 300, lett. *b*, *c*, *f*) (cfr. Reg. art. 21 lett. *i*).

e) Nella Sezione VII della Parte X (*Proprieté industrielle*) l'art. 310 attribuisce al Tribunale arbitrale misto l'ufficio di determinare le condizioni delle nuove concessioni di proprietà industriale, letteraria o artistica, rispetto alle quali esistano diritti acquisiti sotto la legislazione germanica; il Tribunale può anche, all'occorrenza, concedere un compenso per l'uso della concessione durante la guerra (cfr. Reg. art. 21, lett. *h*).

f) Per l'art. 302 del Tr. Vers. se durante la guerra un tribunale tedesco ha pronunciato contro un suddito di una Potenza alleata od associata una sentenza in un giudizio in cui questi non ha potuto difendersi, o se un suddito di dette Potenze sia stato colpito da misure giudiziarie prese dalla Germania nei territori invasi od occupati (37), il danneggiato potrà reclamare dal T. a. m. una riparazione consistente o nel rimetter le parti nella condizione giuridica in cui erano prima della pronuncia, o, qualora ciò non sia possibile, in una adeguata indennità (cfr. Reg. art. 21 lett. *i*).

È d'altra parte notevole che anche nei casi in cui lo stesso Trattato dispone che certe categorie di controversie nascenti tra sudditi nemici intorno a rapporti regolati dalle disposizioni precedentemente indicate (Sez. III, IV, V, VII della Parte X del Trattato) siano di competenza dei tribunali nazionali, il T. a. m. assume di fronte a questi quasi una competenza di secondo grado, in quanto l'art. 305

(37) Esempî pratici in IOHANNES, *Zur Praxis des Verfahrens*, cit., in *I. W.*, 1921, pag. 132.

dispone che se un tribunale nazionale competente pronuncia in tali materie una sentenza contraria alle suddette disposizioni del Trattato, la parte che avrà sofferto per tal motivo un pregiudizio avrà diritto a una riparazione che sarà determinata dal T. a. m. Quando la sentenza sia pronunciata da un tribunale germanico, il T. a. m., su domanda di un suddito di una Potenza alleata o associata, potrà anche rimetter le parti nella situazione giuridica in cui esse si trovavano prima della sentenza. In questi casi il ricorso al T. a.m. costituisce di fronte ai tribunali nazionali dei due Stati contraenti una specie di *revisio in jure*, mediante la quale esso è messo in grado di controllare se nella sentenza del tribunale nazionale sia contenuto qualche *error in judicando* contro le disposizioni del Trattato (38).

6. — Quando nelle controversie che si svolgono dinanzi al T. a. m. italo-germanico sono parti in causa privati, italiani o tedeschi, la rappresentanza in giudizio è regolata dagli artt. 8-12 del Reg. (cfr. Tr. Vers., art. 296 § 18 dell'Alleg.; art. 304 § 3 dell'Alleg.) (39).

Conformemente alla legislazione processuale italiana e a quella a tipo francese, il Reg. distingue la funzione del procuratore da quella dell'avvocato (art. 11) e stabilisce, con precise disposizioni che non si trovano negli altri regolamenti (40), la forma colla quale deve essere fatta la nomina del procuratore (art. 9). L'art. 10 stabilisce che i procuratori e gli avvocati possono essere scelti tra le seguenti categorie di persone: 1°) professionisti legali italiani e germanici secondo le rispettive leggi nazionali; 2°) professori e liberi docenti di diritto (41) nelle Università italiane o germaniche; 3°) membri ordinarî ed associati dell'Istituto di dir. internazionale; 4°) avvocati presso l'Ufficio brevetti germanico (*Patentanwälte*), limitatamente alle cause aventi per oggetti brevetti (42). L'art. 10 ammette anche una quinta categoria,

---

(38) Il MENDELSSOHN-BARTHOLDY, in *I. W.*, 1921, 133 osserva che in tal caso il Tribunale misto funziona « *als Revisionsinstanz bei Verstössen gegen den F. V.* ».

(39) Cfr. su questo argomento IOHANNES, *Zur Praxis des Verfahrens*, cit., in *I. W.*, 1921, pag. 130 e soprattutto UPPENKAMP, *Der Deutsche Rechtsanwalt nach dem P. O. der deutsch. fr. und deutsch. belg. gem. Schiedsgerichtshöfe*, in *I. W.*, 1921, 1399. Cfr. anche WECK, in *I. W.*, 1922, 121; ZWEHL, *ibidem*, pag. 339.

(40) UPPENKAMP, scritto cit., pag. 1400: cfr. però l'art. 8 Cs.

(41) In origine il Reg. fr. non ammetteva tra i patrocinatori i liberi docenti. Li ha ammessi però dopo la deliberazione in seduta plenaria del 2 novembre 1920: cfr. IOHANNES, cit., pag. 131.

(42) Per l'art. 84 Fr. i *Patentanwälte* non sono considerati come rappresentanti delle parti, ma come assistenti dei rappresentanti legali.

costituita dagli avvocati e dai professori di diritto di altri Stati, ma in questo caso esige una speciale autorizzazione del presidente del Tribunale misto (43).

Per l'art. 8 del nostro Regolamento l'intervento dei procuratori e avvocati è facoltativo (44): ma come, se le parti si valgono della facoltà di farsi rappresentare, il Tribunale ha il potere di ordinare in ogni stato della causa la comparizione personale delle parti, così può ordinare a una parte (« che sia manifestamente incapace di procedere in persona » spiega l'art. 8 Cs., al quale al nostro Reg. si è qui inspirato) di farsi rappresentare da un procuratore.

Dietro autorizzazione del Tribunale le parti o i loro rappresentanti possono farsi assistere da « consiglieri tecnici » (ingegneri, banchieri, assicuratori, grandi industriali, ecc.), che hanno funzione sostanzialmente simile a quella dei periti, ma senza esser legati alle formalità della perizia (art. 12) (45).

7. — Se nella massima parte dei casi le controversie che si dibattono dinanzi al T. a. m. vertono tra privati, vi sono alcuni casi in cui uno Stato (Italia o Germania) figura come parte in causa di fronte a un suddito dell'altro Stato: si pensi, ad esempio, ai numerosi casi previsti dal Trattato in cui la Germania è tenuta a corrispondere una indennità direttamente a un cittadino di uno degli Stati alleati od associati (per es.: Tr. Vers. art. 297, lett. *e*; art. 300 lett. *f*) (46). Anzi

---

(43) Il Reg. fr. art. 84 non ammette gli avvocati e i professori di altri Stati; così il S., art. 83. Anche il Bg. seguiva da principio questo sistema (art. 8), ma poi, nelle modificazioni del 5 maggio 1921, ha ammesso anche gli avvocati e professori di altri Stati, purché ci sia l'autorizzazione del presidente, e tale sistema è stato seguito da Iu., art. 7 (così nelle modificazioni del 15 dicembre 1921, mentre nel testo primitivo erano ammessi soltanto gli avvocati di paesi restati neutrali durante la guerra); da Cs. 7; e dal nostro Regolamento. Un sistema anche più largo è seguito da P. art. 9 che ammette senza speciale autorizzazione gli avvocati di qualunque paese.

(44) Così nella maggioranza degli altri Regolamenti: Fr. 83; Ingl. 30; Bg. 8; S. 82; Cs. 6; P. 8. L'intervento dei professionisti legali è invece obbligatorio in Iu. art. 6.

(45) L'art. 84 Fr. e l'art. 83 S. parlano di « *ingénieurs conseils* » per i casi in cui l'affare presenti questioni tecniche; il Bg. art. 10, e il P. 10 stabiliscono inoltre che a questi consiglieri tecnici il tribunale potrà accordare la parola se lo giudichi opportuno, salvo che sulle questioni che già siano state oggetto di una perizia. Sull'utilità di questi consiglieri, cfr. UPPENKAMP, scritto cit., pag. 1401.

(46) Se si ammette (cfr. *retro*, n. 5, *b* in nota) che i privati possano portare direttamente al Tribunale misto i reclami volti a ottenere dalla Germania la restituzione in natura dei beni, in conformità dell'art. 297 *f* del Tr. Vers., questo è un altro dei casi in cui la Germania figura direttamente come parte in causa. E un altro caso è quello previsto da Ingl. 22 n. 1, che, per le azioni contemplate

uno degli effetti più caratteristici e più nuovi di questi T. a. m. è proprio quello di aprire ai privati cittadini una via per chiamare *direttamente* in giudizio uno Stato straniero (47).

Ma anche senza essere direttamente parti in causa, ambedue gli Stati cui appartengono i privati litiganti (Italia e Germania) hanno sempre un interesse mediato nella controversia. E ciò da due punti di vista: innanzitutto perché ciascun Stato, in una controversia che si dibatte tra un nazionale e uno straniero, ha il dovere di proteggere le ragioni del proprio suddito e di adoprarsi affinché i suoi diritti non restino indifesi di fronte alle pretese di uno straniero; in secondo luogo perché può darsi che le conseguenze di una sentenza pronunciata contro o a favore del suddito si ripercuotano sul suo Stato, il quale è perciò indirettamente interessato a far sì che il proprio cittadino esca vittorioso dalla controversia. Ciò può specialmente accadere in materia di debiti e crediti sottoposti al procedimento di verifica e compensazione dinanzi ai rispettivi Uffici: dato che in questo procedimento lo Stato resta garante del pagamento dei debiti, anche se di fatto inesigibili, verificati a carico dei sudditi (Tr. Vers. art. 296 lett. *b*; e Alleg. a questo articolo, § 14), ogni Stato ha interesse ad opporsi agli infondati riconoscimenti di debito da parte dei propri connazionali; come inversamente ogni Stato, e in modo speciale la Germania, a favor della quale sul conto riparazioni sono segnate le eccedenze che da ogni liquidazione mensile tra i due Uffici resultassero dovute a creditori tedeschi (art. 243 lett. *a*; e § 9 dell'Alleg. all'art. 296 Tr. Vers.), ha interesse a non consentire che i creditori connazionali rinuncino in tutto o in parte a far valere i loro fondati diritti contro debitori nemici (48).

Ciò premesso, resta meno difficile farsi un'idea esatta della posizione che nei processi dinanzi ai T. a. m. assumono gli *Agenti dei governi* (Reg. art. 13), i quali costituiscono uno tra gli istituti più singolari e più interessati di questi Regolamenti processuali. Si può dire in generale, ripetendo la formula del Regolamento, che gli Agenti

---

dall'art. 305 Tr. Vers., espressamente considera come convenuto lo Stato (« ... *the Government shall be Respondent* »). Giova del resto avvertire che nella massima parte delle controversie finora sottoposte ai T. a. m. già in funzione, lo Stato germanico ha direttamente, come si rileva sfogliando i fascicoli già pubblicati del *Recueil*, la parte di convenuto.

(47) Cfr. ZITELMANN, scritto cit., pag. 14.

(48) Cfr. BONDI, in *I. W.*, 1920, cit., pag. 469; HOFFMANN, in *Sächs. Archiv*, 1920, pag. 132; DÖRING, in *I. W.*, 1921, pag. 659. Un altro caso nel quale dall'esito di una controversia tra sudditi può nascere un'obbligazione a carico dello Stato è forse quello contemplato dall'art. 397 lett. *i* del Tr. Vers.

« rappresentano i loro governi davanti al Tribunale » (49); e questa designazione, la quale ha una certa analogia colla formula usata dalle nostre leggi quando definiscono il P. M. come « il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria » (50), porta naturalmente a riavvicinare la figura degli Agenti dei governi a quella che il Pubblico Ministero assume dinanzi ai tribunali interni in materia civile (51). Ma il riavvicinamento non dev'essere spinto tropp'oltre: perché, se è certo che gli Agenti dei governi sono, come il P. M. nei giudizi interni, organi di natura amministrativa che personificano l'interesse degli Stati presso i T. a. m., certo è del pari che, potendo l'interesse degli Stati variamente atteggiarsi secondo la natura delle controversie che si svolgono dinanzi ai T. a. m., anche le attribuzioni degli Agenti devono di volta in volta necessariamente variare, sicché la loro posizione nel processo, che non è in ogni caso la stessa, non può essere definita esattamente con una formula comprensiva; meglio è, pertanto, analizzare nei suoi più caratteristici aspetti la loro complessa e poliedrica figura.

Giova avvertire innanzitutto che il Tr. Vers. esplicitamente prevede e disciplina la partecipazione degli Agenti ai processi che si svolgono dinanzi ai T. a. m. nel solo caso di controversie in materia di verifica e compensazione dei crediti: per questo caso speciale il § 18 dell'Alleg. all'art. 296 parla di « *un agent chargé d'introduire les instances devant le Tribunal arbitral mixte pour el compte de son Office* » e dà a questo Agente il potere « *d'intervenir aux côtés de la partie comme de reprendre et soutenir la demande abandonnée par elle* ». Se, dunque, i Regolamenti processuali dei T. a. m. avessero applicato alla lettera queste disposizioni del Tr. Vers., l'intervento degli Agenti dei governi avrebbe dovuto esser limitato alle sole controversie derivanti dal procedimento di verifica e compensazione; ma il Tribunale misto franco-tedesco, con opportuna interpretazione estensiva, ha ritenuto, nella sua seduta del 29 marzo 1920, che l'Agente possa rappresentare il suo governo in tutte le controversie di com-

---

(49) Formula analoga, e forse più esatta, in Cs. art. 9 « *les Agents des gouvernments intéressés sont admis à représenter leur Etat* »; e in Iu. art. 8 (modif. 15 dec. 1921). Anche il Tr. Vers. art. 304 lett. *a* lascia intendere che la funzione degli Agenti è quella di rappresentare lo Stato dinanzi ai Tribunali misti: e i Regolamenti nel testo tedesco qualificano infatti sempre gli Agenti come *Staatsvertreter*.

(50) Legge sull'ord. giud. del 1865, art. 129; cfr. decr. 14 dicembre 1921, art. 73.

(51) Così HERWEGEN, scritto cit., pag. 417. GIDEL e BARRAULT, *op. cit.*, pag. 331, designano addirittura gli Agenti dei governi sotto il nome di « *ministère public* ».

petenza dei T. a. m.: e in quest'ordine di idee sono entrati anche i successivi Regolamenti processuali iugoslavo-tedesco, cecoslovacco-tedesco, polacco-tedesco e rumeno-tedesco, i quali, quantunque né la Iugoslavia né la Cecoslovacchia né la Polonia né la Rumenia abbiano adottato il procedimento di verifica e compensazione (cfr. Tr. Vers. art. 296 lett. *e*), considerano tuttavia gli Agenti come rappresentanti dei rispettivi Stati per qualsiasi altra categoria di controversie che siano di competenza del T. a. m. (52).

Possiamo, dopo ciò, raggruppare le attribuzioni degli Agenti dei governi nel modo seguente:

a) Tutte le volte in cui uno Stato è direttamente parte in causa (abbiamo visto sopra come ciò possa accadere) l'Agente è il suo rappresentante in giudizio. In questi casi la figura dell'Agente che sta in causa per un interesse patrimoniale del suo Stato non può essere paragonata a quella del P. M. nei giudizî interni, ma dovrebbe, caso mai, essere riavvicinata a quella che assumono nei giudizî interni i capi d'ufficio cui spetta rappresentare la pubblica amministrazione quand'essa è parte in causa (Cod. proc. civ. art. 138; T. U. Leggi sull'Avvocatura erariale 24 novembre 1913 art. 15); e poiché d'altra parte, nelle cause in cui dinanzi al Tribunale misto è parte uno Stato, l'Agente che lo rappresenta ha non solo capacità di stare in giudizio, ma anche capacità di chiedere in giudizio (*ius postulandi*) in nome di esso (53), si può dire che la sua figura abbia in questi casi anche qualche punto di somiglianza con quella degli avvocati erariali, ai quali spetta per legge la rappresentanza processuale e il patrocinio dello Stato nei giudizî interni (T. U. 24 novembre 1913 cit.).

Particolarmente arduo sembra definire con precisione la posizione assunta dall'Agente nel caso in cui esso stia in giudizio in una controversia originata da un procedimento di verifica e compensazione (cfr. *retro*, n. 5, lett. *a*). In questa categoria di controversie il § 18 dell'Alleg. all'art. 296 Tr. Vers., che poco fa abbiamo richiamato, consente all'Agente così di « *introduire les instances* » come di « *reprendre et soutenir la demande abandonnée* » dal privato e, in conformità di questa disposizione, l'art. 13 del nostro Reg. stabilisce che gli Agenti « adempiono le funzioni loro attribuite dal § 18 « dell'Alleg. all'art. 296. Essi potranno *in conformità del detto paragrafo* proporre istanze giudiziali ed intervenire nelle cause in cui siano interessati i loro connazionali... per riprendere e sostenere le do-

(52) Iu. art. 8; Cs. 9; P. 11. Döring, scritto cit., pag. 659. Nel Reg. giapponese tedesco, invece, l'istituto degli Agenti non è espressamente disciplinato e solo l'art. 40 parla di un rappresentante del governo tedesco.

(53) L'Agente può però farsi assistere, anche in questi casi, da un avvocato o da un consulente: così espressamente Ingl. 34.

mande da questi abbandonate » (54). Da questo articolo mi pare innanzi tutto che si possa desumere con sufficiente sicurezza che, all'infuori dei casi contemplati dall'art. 296 del Tr. Vers., in nessun altro caso l'Agente ha facoltà di assumere nel processo, in qualità di rappresentante di uno Stato, la parte di attore. Ma anche nei casi contemplati dall'art. 296 del Tr. Vers. si può dire veramente che, quando l'Agente propone istanze e riprende quelle abbandonate dai sudditi, sia parte in causa lo Stato? A grave dubbio induce il considerare che in queste controversie originate da un procedimento di verifica e compensazione si fa per lo più questione di un diritto di credito vantato da un privato contro un privato: e che, quantunque lo Stato possa avere interesse, per le ragioni suaccennate, a far valere le ragioni del suo suddito ove questi resti inattivo, non per questo il rapporto che è oggetto della controversia cessa di essere un rapporto fra privati. Una soluzione soddisfacente del problema potrebbe forse esser trovata (e con questo intendo solamente di proporre una ipotesi, che avrebbe bisogno, prima di esser sicuramente affermata, di ulteriore discussione) nella figura della *sostituzione processuale*: come per l'art. 1234 del Cod. civ. il creditore può esercitare, per il conseguimento di quanto gli è dovuto, le azioni del debitore che resti inattivo, così nel caso nostro lo Stato, per sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli o per assicurarsi le conseguenze favorevoli che possono derivargli dal regolamento di un rapporto di debito e credito tra un proprio suddito e un suddito nemico, si sostituirebbe al suo cittadino, stando in giudizio in nome proprio per far valere le ragioni di lui (55).

---

(54) Anche l'art. 15 Reg. prevede casi in cui gli Agenti « agiscono in giudizio ».

(55) La posizione processuale che l'Agente assume in questi casi viene ad essere singolarmente complicata in Italia dalle disposizioni del R. decreto-legge 2 maggio 1920 n. 695 secondo il quale l'Ufficio di verifica e compensazione « ha personalità giuridica e gestione autonoma » (art. 4) e « per i crediti e debiti verificati ed ammessi a compensazione *è surrogato di diritto* ai singoli creditori e debitori per ogni conseguenza di legge » (art. 7). Parrebbe dunque, secondo questi articoli, che nei casi in cui l'Agente propone istanze o riprende quelle abbandonate dai sudditi (art. 296 Alleg. § 18 Tr. Vers.), parte in causa non sia lo Stato, ma l'Ufficio verifica e compensazione di cui l'Agente sarebbe il rappresentante; e che tutte le volte in cui sorge dinanzi al Tribunale misto una controversia relativa a un rapporto di credito e debito già verificato ed ammesso (per es. nel caso previsto dal § 20 dell'Alleg. all'art. 296 Tr. Vers.), parte in causa debba essere in ogni caso, ad esclusione del privato, l'Ufficio, non già in veste di sostituto processuale che stia in causa per un diritto altrui, ma in veste di titolare di un diritto proprio, nel quale l'Ufficio è subentrato per surrogazione. Ma questa surrogazione esiste veramente nel Trattato di Versaglia? Per il caso in cui una parte reclami, secondo il § 20 Alleg. 296 Tr. Vers., contro la decisione concorde dei due Uffici il Reg. Ingl. *rule* 22 n. 2 dice che « la parte, a favore della quale è stato deciso, *e i due Uffici* hanno la veste di convenuti ».

Come conseguenza della facoltà che hanno gli Agenti, nei casi suddetti, di proporre istanze giudiziali o riprendere quelle abbandonate dai sudditi, il Reg. dà loro facoltà di chiedere la revisione della sentenza (art. 68) e di prender la iniziativa per la concessione di misure conservative (art. 70).

b) Non per un interesse patrimoniale proprio dello Stato, ma per quel dovere di protezione dei proprî connazionali che ogni Stato ha in consegna del rapporto di sudditanza, l'art. 13 Reg. dà facoltà agli Agenti di « intervenire nelle cause in cui siano interessati i loro connazionali per assisterli ».

Secondo alcuni Regolamenti l'Agente può, in questa sua funzione di assistenza dei connazionali, spingersi fino al punto di assumere la rappresentanza processuale, comparendo in giudizio come loro procuratore (56): ciò specialmente nei casi di indigenza (57) o di non comparizione della parte (58). In tal modo l'intervento dell'Agente costituisce, per i nazionali indigenti, una forma di gratuito patrocinio (59); il nostro Reg. si limita però a disporre (art. 15) che sono dispensate dal deposito preventivo a titolo di contributo alle spese « le parti, di cui l'agente connazionale attesti l'indigenza e appoggi l'istanza » (*fumus boni juris*).

c) Gli Agenti dei governi hanno altresì l'attribuzione di sorvegliare la condotta processuale dei propri connazionali e dei loro rappresentanti, per evitare che essa riesca contraria all'interesse dello Stato (60). Conseguenza caratteristica di tale attribuzione è la facoltà data agli Agenti, nei casi in cui il privato loro connazionale sarebbe disposto a rinunciare o a transigere, di opporsi alla rinuncia (Reg. art. 65) o alla transazione (Reg. art. 67) (61). Nei casi in cui l'Agente si

---

(56) Cfr. Ingl. art. 34. Anche il Tr. Vers. art. 296 § 18 prevede il caso che un privato sia rappresentato dall'Agente; caso che si distingue, è superfluo l'avvertirlo, da quello, studiato nel testo *sub a*, in cui l'Agente riprende nell'interesse dello Stato le istanze abbandonate dal privato.

(57) Cfr. Fr. 97; Iu. (modif. 15 dec. 1921) art. 8; Cs. artt. 9 e 19.

(58) Cfr. Fr. art. 73; Bg. 70; Ingl. 33. Cfr. nel testo oltre, n. 16.

(59) Specialmente esplicito Cs. art. 19.

(60) Per il § 18 Alleg. all'art. 296 del Tr. Vers., l'Agente « *exerce un contrôle général sur les mandataires ou avocats des ressortissants de son pays* ».

(61) Tale facoltà è limitata, pei surricordati artt. 65 e 67 ai soli casi « ammessi dal Trattato », cioè, in concreto (RABEL, scritto cit., pag. 343) ai soli casi di controversie derivanti da un procedimento di verifica o compensazione, contemplati dal § 18 dell'Alleg. all'art. 296 Tr. Vers. Disposizioni analoghe in Fr. 62 e 64 cp. 3; Bg. 68 e 69; Ingl. 37; mancano invece nei Regolamenti degli Stati che non hanno accettato il procedimento di verifica e compensazione Cs. (56-57); Iu. (56-57); P. (68-69); R. (56-59). Cfr. DÖRING, scritto cit., pag. 659. L'art. 53 Bg. condiziona all'assenso degli Agenti l'ammissione del giuramento decisorio: per l'art. 63 del

valga di tale facoltà « il giudizio ha il suo corso ordinario » (art. 65), « la causa segue il suo corso » (art. 67); ma, ove la parte che era disposta a rinunciare o a transigere non voglia continuare il processo, l'Agente prenderà il suo posto, assumendo la figura già analizzata *sub a.*

d) In quarto luogo gli Agenti sono organi di collegamento fra il T. a. m. e il Governo dei rispettivi Stati (62): eseguono le notificazioni ai connazionali nel caso in cui ne sia ignota la residenza (Reg. art. 7) (63); provvedono alla citazione dei testimoni (art. 45) (64); richiedono le autorità dei rispettivi Stati o di terzi Stati per la esecuzione di atti istruttorî (art. 51) (64); curano la esecuzione delle sentenze (art. 62) (66) e dei provvedimenti conservativi (art. 72 cpv. ultimo).

Per poter esplicare le diverse attribuzioni enumerate finora, gli Agenti devono esser posti in grado di seguire lo svolgimento di tutti gli atti processuali: essi perciò « riceveranno comunicazioni degli atti del procedimento, che si notificano alle parti ed avranno inoltre il diritto di esaminare gli atti e i documenti depositati in segreteria e richiederne copia, nonché di presentare osservazioni o conclusioni scritte nel termine fissato dalle parti e prendere conclusioni all'udienza » (Reg. art. 13 cpv.) (67).

Da quanto abbiamo detto appare come la figura degli Agenti dei governi possa assumere, in questi processi che si svolgono dinanzi ai T. a. m. almeno quattro diversi aspetti corrispondenti a quattro distinti gruppi di attribuzioni; e come sia perciò inesatto ed unilaterale il ravvicinamento che fa lo HERWEGEN (68) fra la posizione dell'Agente e quella che assume nei processi interni il P. M. quando interviene e conclude nelle cause matrimoniali.

8. — Prima di studiare la struttura del procedimento, è opportuno ricordare le disposizioni più notevoli del Regolamento intorno alle forme ed ai termini processuali in generale.

---

nostro Reg. l'Agente deve dare il suo parere nel caso che le parti chiedano la sospensione volontaria del procedimento.

(62) Cfr. HERWEGEN, scritto cit., pag. 417.

(63) Fr. 12; Bg. 26; Iu. 20; Cs. 22; P. 25. Per il Reg. inglese-germanico l'Agente provvede in ogni caso alla notificazione della domanda al convenuto, e la consegna fatta a lui vale come notificazione al connazionale (artt. 7, 8, 35).

(64) Fr. 52; Bg. 50; Iug. 37; Cs. 37.

(65) Fr. 52; Bg. 52; Iug. 42; Cs. 51.

(66) Fr. 76; Bg. 67; Iu. 55; Cs. 55; P. 67.

(67) Cfr. Fr. 85; Bg. 11; Iu. art. 8 cpv. ultimo; Cs. art. 9 cpv. ultimo. Applicazioni pratiche di questo principio nel nostro Reg., artt. 1, 6, 28, 42, 56, 61, 63, 68 ecc.

(68) Scritto cit., pag. 417.

Le scritture sono in carta libera, e devono essere stampate o dattilografate (art. 5) (69). Le scritture di parte devono essere sottoscritte dalla parte o dal suo procuratore (art. 5 cpv.): esse, al momento in cui sono depositate o trasmesse alla segreteria devono essere accompagnate da tante copie « quante occorrono per la distribuzione ai componenti il tribunale e ai due agenti e per la notificazione alle altre parti » (art. 6).

Particolarmente interessante è la disposizione dell'art. 4, secondo il quale « la lingua da usare davanti al tribunale è esclusivamente l'italiana ». Questa regola vale così per le scritture come per le dichiarazioni orali. Per le scritture, dispone lo stesso art. 4 che gli atti scritti in altra lingua debbono sempre essere accompagnati da una traduzione italiana (limitata, ove il presidente del Tribunale lo consenta alle parti essenziali dell'atto) fatta da un interprete autorizzato; ma l'art. 17 tempera alquanto (meno che per la scrittura contenente la domanda giudiziale) il rigor di questa regola, stabilendo che « le scritture redatte in lingua tedesca saranno ritenute tempestivamente depositate o trasmesse anche se manchino delle traduzioni in lingua italiana, purché contengano richiesta di detta traduzione », che verrà fatta in tal caso a cura della segreteria (art. 4 cpv. ultimo). Per le dichiarazioni orali, l'art. 50, mentre consente che la parte chiamata all'interrogatorio, il testimone o il perito si esprimano nella propria lingua qualora non conoscano la lingua italiana, dispone però che le dichiarazioni, tradotte in italiano da un interprete chiamato a spese di chi lo richiede, debbano esser verbalizzate solamente in lingua italiana.

Disposizioni anche più rigorose contiene l'art. 56 per l'udienza in cui ha luogo il dibattimento orale: la parte e i suoi difensori che ignorino l'italiano non hanno mai *diritto*, sia pur condizionato all'intervento di un interprete, di far dichiarazioni o di discutere nella propria lingua; solo il Tribunale ha facoltà di ammettere « in via eccezionale » la discussione da parte dei difensori e procuratori in lingua diversa dall'italiana e di consentire alla parte, ov'essa compaia personalmente, di fare le sue dichiarazioni nella sua lingua patria (70):

---

(69) Altri Regolamenti non escludono la scrittura a mano, ma esigono che sia leggibile: così Fr. 8; Gr. 8; S. 8; R. 7; Bg. 13; P. 12. Esigono invece la stampa o la dattilografia Ingl. 3; Iu. 9; Cs. 10. Nessuna restrizione in Gp.

(70) La frase « in via eccezionale » si riferisce soltanto all'ammissione della discussione da parte dei difensori e procuratori, non all'ammissione di dichiarazioni della parte ov'essa compaia personalmente. Questo non esclude che anche nel secondo caso il Tribunale abbia un vero e proprio potere discrezionale; ma la differenza di espressione significa che nel primo caso, di regola, il Tribunale escluderà la discussione in lingua non italiana, mentre nel secondo di regola consentirà le dichiarazioni della parte nella lingua patria.

sempre, però, coll'intervento di un interpete a spese della parte interessata, e colla regola che « il verbale sarà in tutti i casi redatto esclusivamente in italiano ».

Il problema della lingua d'ufficio da usarsi davanti ai T. a. m. si trova già risolto nel § 8 dell'Alleg. all'art. 304 del Tr. Vers., il quale dispone che « *à défaut de convention contraire* », la lingua ufficiale sarà, a scelta dello Stato alleato o associato, l'inglese, il francese, l'italiano o il giapponese. Questa disposizione del Trattato non è stata però con ugual rigore interpretata dai vari T. a. m. nei rispettivi loro Regolamenti: in alcuni dei quali si trova opportunamente lasciata alle parti la facoltà di accordarsi per adoprare nel procedimento, invece della lingua ufficiale del Tribunale, la lingua tedesca (71), e garantito in ogni caso, anche se questo accordo manchi, il diritto della parte tedesca a difendersi oralmente nella propria lingua (72). Il Regolamento del Tribunale italo-germanico ha seguito invece la interpretazione più rigorosa; e, nonostante l'esempio dato dai Regolamenti inglese-tedesco e belga-tedesco, ha non soltanto negato alle parti la facoltà di accordarsi per l'uso della lingua tedesca, ma ha perfino ammesso che il Tribunale possa rifiutare alla parte tedesca il diritto di difendersi, sia pur con intervento di interprete a sue spese, nella propria lingua, il che probabilmente va oltre la intenzione del § 8 Allegato all'articolo 304 del Trattato di Versalia, ed è indubbiamente contrario al sistema dell'oralità e in specie alle disposizioni del Regolamento che autorizzano le parti a comparire e a difendersi personalmente (73), nonché al principio, comune alle legislazioni pro-

---

(71) Cfr. Ingl. art. 6; Bg. artt. 4, 14, 15, (in questi due regolamenti l'uso della lingua tedesca, oltreché consentito dalle parti, deve essere autorizzato dal Tribunale o dal Presidente di esse). Anche meno rigorose sono le disposizioni di Iu. 2 (secondo il quale « le lingue ufficiali del tribunale sono il francese e il tedesco; tuttavia la lingua tedesca non potrà essere impiegata che di comune accordo dalle parti. Questo accordo sarà considerato come esistente, quando la domanda o qualunque altro atto di procedura sarà stato redatto in tedesco e l'altra parte non avrà reclamato entro due settimane l'uso della lingua francese »), ed 11; Cs. 2, 12, 52 (tre lingue ufficiali, francese, tedesco, cecoslovacco); P. 4, 13, 60 (consente che le parti si accordino espressamente, senza bisogno di autorizzazione del Trib., a sostituire il tedesco al francese che è lingua ufficiale). L'uso del tedesco non è invece consentito, neanche su accordo delle parti, da Fr. 10; S. 10; R. 9; Gp. 6 (lingua inglese o giapponese).

(72) Bg. art. 62, ammette la discussione in tedesco nel caso di accordo tra le parti e gli Agenti, oppure, anche in mancanza di tale accordo, nel caso che il Tribunale una settimana prima dell'udienza sia avvertito dalla parte che intende di discutere in tedesco, sì da poter predisporre l'intervento di un interprete.

(73) Per l'art. 8 l'intervento dei professionisti legali è facoltativo: e l'art. 56 espressamente riconosce alle parti il diritto di comparire personalmente e di esporre oralmente le proprie ragioni. Ma come potrà fare a valersi di tale diritto

cessuali di tutti i popoli civili (74), dell'uguaglianza delle parti in giudizio. In verità chi esamini con mente serena e scevra da spirito di rappresaglia il problema della lingua d'ufficio dinanzi ai T. a. m. non può non convenire che l'unica soluzione soddisfacente, non solo dal punto di vista dell'equità ma anche dal punto di vista della tecnica processuale, sarebbe stata quella di adottare il sistema della *bilinguità* (magari colle restrizioni contenute nel Reg. tedesco-iugoslavo, art. 2), facilitato dal fatto che i componenti dei T. a. m. sono, o dovrebbero essere (75), in grado di conoscere ambedue le lingue proprie dei due Paesi cui appartengono le parti in causa: ed è veramente strano che l'Italia, la quale al momento della unificazione del diritto processuale dovrà indubbiamente per alcune zone mistilingui del suo territorio adottare nella sua legislazione interna il sistema della bilinguità nei tribunali (76), abbia voluto in questo Regolamento dare al problema della lingua d'ufficio una soluzione tecnicamente difettosa e politicamente contraria a quel senso di rispetto delle nazionalità al quale l'Italia giustamente si vanta di essersi sempre inspirata anche di fronte ai nemici.

Tra le altre disposizioni generali concernenti la forma degli atti processuali merita speciale attenzione quella dell'art. 7, la quale, sull'esempio degli altri Regolamenti (77), adotta per le notificazioni il sistema austriaco dell'invio per posta, fatto « per mezzo di lettera raccomandata con ricevuta di ritorno ». Quando vi sia costituzione di procuratore, le notificazioni si fanno a lui (art. 7 cpv. 2°) (78).

Disposizioni notevoli per la loro precisione e per la loro completezza, corrispondenti ai voti ripetutamente fatti per la nostra legislazione interna si trovano nell'art. 16, concernente il modo di calcolare i termini processuali (79); i quali, per l'art. 18, non decorrono

---

una parte che ignori l'italiano, e alla quale il Tribunale, per il secondo capoverso dello stesso art. 56, può negare il permesso di fare le sue dichiarazioni nella sua lingua patria? Cfr. RABEL, scritto cit., pagg. 341-342 e FRANKENSTEIN, cit., pag. 344.

(74) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, 3ª ed., pag. 133.

(75) Il Tr. Vers. art. 296 Alleg. § 21 vuole che nello scegliere il personale dei Tribunali arbitrali misti sia tenuto conto della conoscenza della lingua del Paese avverso interessato. In conformità, l'art. 1 Cs. stabilisce che i componenti del Tribunale debbano tutti conoscere almeno il tedesco e il francese.

(76) Cfr. il mio scritto *Problemi giudiziarî nella Venezia tridentina*, nel I Vol. degli *Studî*; e DÖRING, scritto cit., pag. 659.

(77) Cfr. Fr. 12, 15, 96; Ingl. 42; Bg. 18 e 26; S. 12 e 91; Iu. 5; Cs. 5; P. 7.

(78) Cfr. Fr. art. 83; ma la disposizione del nostro Reg. è più ampia. Cfr. UPPENKAMP, scritto cit., pag. 1400. Il nostro Reg. non esige, come altri (per es. Fr. 6 lett. *a*) una elezione di domicilio: cfr. RABEL, scritto cit., pag. 341, 2ª col.

(79) « Il termine fissato a giorni non comprende il giorno da cui comincia a decorrere. Il termine fissato a mesi o ad anni scade nel giorno corrispondente per numero a quello in cui comincia a decorrere; mancando tale giorno nell'ul-

durante il periodo feriale. Intorno ai poteri del Tribunale di sospendere o prorogare il decorso dei termini o di non tener conto per ragioni di equità delle decadenze già verificate, dirò più avanti (cfr. n. 22).

9. — La struttura del procedimento non si allontana molto, nelle sue linee generali, da quella che è in gran parte comune a tutti i procedimenti adottati dagli altri Tribunali misti: dopo una fase iniziale essenzialmente scritta, destinata allo scambio di scritture entro termini successivi (domanda e risposta, replica e duplica), si svolge, ove sia necessaria, una fase destinata alla ammissione ed alla esecuzione dei mezzi di prova; e il procedimento si chiude con una trattazione orale in udienza. Su questo schema comune le differenze di dettaglio tra i varî procedimenti, e specialmente tra quei tre che rappresentano, come si è detto (*retro*, n. 3), tre *tipi* ben distinti (tipo francese, tipo inglese, tipo belga), non mancano: come ora avremo occasione di notare, esaminando più da vicino il procedimento italo-germanico nelle sue varie fasi, che si possono così distinguere: 1°) *inizio del procedimento;* 2°) *fase scritta;* 3°) *trattazione preliminare;* 4°) *procedimenti probatorî;* 5°) *fase orale;* 6°) *chiusura del procedimento;* 7°) *rimedî contro la sentenza.*

10. — Il procedimento si inizia con una istanza scritta « diretta » al Tribunale (art. 19), sottoscritta dalla parte o dal procuratore (art. 5), e « depositata o trasmessa » alla Segreteria (80); la quale non contiene invito al convenuto di comparire in una determinata udienza (cosid. *vocatio in jus*), ma deve contenere soltanto una dettagliata indicazione degli elementi dell'azione proposta (indicazione delle parti, esposizione dei fatti e dei motivi di diritto (81) su cui la domanda si appoggia, conclusioni) (82). Nell'art. 19, il quale ha molti punti di

---

timo mese, il termine scade l'ultimo giorno di detto mese. Se l'ultimo giorno del termine cade in una domenica o in un giorno riconosciuto come festivo dal calendario civile italiano, il termine scade il prossimo giorno feriale... ecc. ».
Cfr. Fr. 4; S. 4; Bg. 19; Iu. 13; Cs. 14; P. 17. Il nostro art. 16 è una fusione dell'art. 19 Bg. coll'art. 14 Cs., nel quale ultimo però è stabilito che neppure il *dies ad quem* si computa nel termine, contrariamente alle disposizioni di Bg. 19; Iu. 13; P. 17, le quali espressamente stabiliscono che l'ultimo giorno vi sia calcolato.

(80) Sul significato di queste espressioni, e sugli effetti del deposito dell'istanza in segreteria (litispendenza?), cfr. RABEL, scritto cit., pag. 343.

(81) Particolarmente preciso, su questo punto, l'art. 20 lett. *e* Cs., che esige nella scrittura introduttiva « *un exposé de droit contenant, dans tous les cas, l'indication précise des textes légaux et de la jurisprudence invoquée* ».

(82) Cfr., in genere Fr. 6; Ingl. *rule* 3 (con disposizioni molto minuziose: cfr. anche, per speciali casi, *rule* 22); Bg. 24; Gp. 4; Iu. 18; Cs. 20; P. 23.

somiglianza coll'art. 4 della *Proposta* CHIOVENDA, sono notevoli le disposizioni del n. 2, il quale richiede che i fatti sui quali l'attore intende fondare la sua azione siano suddivisi in articoli distinti « per numero d'ordine » (83), e del n. 3, per il quale già nella istanza introduttiva deve essere contenuta, « la enumerazione delle prove con cui l'attore intenda dimostrare la verità dei singoli fatti, il nome e cognome, condizione e residenza dei testimoni e dei periti che sopra ogni fatto intende presentare al giudizio » (84). La istanza deve contenere anche l'elenco degli allegati che vengono prodotti (art. 19 n. 6); ma tale disposizione dev'essere completata coll'art. 28, secondo il quale alla istanza, come alle successive scritture, devono essere unite tante *copie* dei documenti a sostegno, quante occorrono per il deposito in segreteria e per le notificazioni alle parti e agli Agenti (85). Una novità del Regolamento italo-germanico in confronto agli altri Regolamenti è costituita dall'art. 20 (copiato quasi alla lettera dall'art. 8 della *Proposta* CHIOVENDA) secondo il quale, se l'istanza giudiziale presenta irregolarità o manchevolezze, il presidente può invitare l'attore a completarla o a produrre i documenti mancanti (in originale o in copia?) assegnandogli all'uopo un termine: colla sanzione che « qualora l'attore non ottemperi all'invito, non sarà dato corso alla sua istanza » (86). La stessa sanzione ha luogo nel caso che l'attore non esegua nel termine assegnato dal presidente il de-

---

(83) Questa disposizione, che ricorda il rigido sistema delle *positiones*, è tolta da Fr. art. 6, lett. *c*; art. 14, lett. *c*; art. 26, lett. *b*; art. 28, lett. *b*.

(84) Questa disposizione è ricopiata alla lettera dalla Proposta CHIOVENDA, art. 4, n. 8. Anche in Bg. art. 24, lett. *e* vi è una disposizione simile, ma l'indicazione dei mezzi di prova nella istanza introduttiva è meramente facoltativa, mentre è obbligatoria nella replica e nella duplica (art. 32, lett. *b*): cfr. anche Cs. 20 *d*; Iu. 18 *d* (ma il nome dei testi è indicato separatamente); P. 23 e 31.

(85) Tra il testo italiano e la traduzione tedesca dell'art. 28 corre una notevole disformità. Secondo il testo italiano pare che unitamente alle scritture, si debbano produrre *in originale* i documenti destinati a rimanere in deposito presso la segreteria, e insieme con essi « tanti *esemplari* (?) quanti occorrono per la notificazione » alle parti e agli agenti. Il testo tedesco invece lascia chiaramente intendere che colle scritture si devon produrre soltanto le copie (« *Die Urkunden... sind gleichzeitig mit diesen Schriftsätzen zu übergeben oder übersenden, und zwar in so vielen Abschriften als...* » ecc.) dei documenti, l'originale dei quali potrà poi esser depositato nel proseguimento del giudizio. La esattezza di questa seconda interpretazione è confermata dal cpv. dello stesso art. 28 secondo il quale « il presidente potrà ordinare che gli allegati siano depositati *in originale* alla segreteria, per essere ivi consultati ». L'art. 20, però, parla anche nel testo tedesco di *Urkunden* e non di *Abschriften*.

(86) Tale sanzione manca nella *Proposta* CHIOVENDA, nella quale è riconosciuta all'attore la facoltà di ripresentare tal quale la domanda irregolare o manchevole (*Relaz.* § 65).

posito preventivo prescritto dall'art. 14 (*cautio pro expensis*); ma in ambedue i casi resta salvo nell'attore il diritto di mettersi in regola e di ripresentare dopo ciò la domanda purché non siano decorsi i termini stabiliti, come ora si dirà, all'art. 21 (art. 14 cpv. ultimo). L'ottemperanza all'invito del presidente nelle ipotesi fatte dall'art. 20 e dall'art. 14 costituisce dunque uno speciale presupposto processuale, in mancanza del quale il T. a. m. non può procedere a esaminare il merito della domanda (87).

La domanda deve essere altresì dichiarata inammissibile (art. 22) quando sia presentata dopo decorsi i termini stabiliti dall'art. 21. Tutti i Regolamenti processuali, allo scopo di non prolungare indefinitamente l'attività dei T. a. m., contengono disposizioni intese a limitare entro termini perentorî l'ammissibilità delle istanze (88): e in quasi tutti i Regolamenti è adottato il sistema di assegnare termini di diversa durata e con diverso inizio di decorrenza, secondo le varie categorie di controversie sulle quali i T. a. m. sono competenti (89). Anche il nostro Reg. nell'art. 21 specifica caso per caso, con diversità notevoli di decorrenza e di durata, i termini entro i quali la istanza deve esser presentata: omettendo per brevità un'analisi specifica dei varî casi (90), mi limito ad osservare in genere che, per quanto attiene alla durata, il nostro Reg. partendo da un minimo di *due mesi* (art. 21, *a*), stabilisce termini di *quattro mesi* (art. 21, *b*, *c*) e di *sei mesi* (art. 21, *c*, *d*, *e*, *h*, *i*), fino a un massimo di *un anno* (art. 21, *f*, *g*); e che, per quanto attiene alla decorrenza, questa s'inizia in certi casi dalla data in cui l'interessato ha notizia del fatto costitutivo della sua pretesa (art. 21, *a*, *b*, *c*, *e*, *f*), e in tutti gli altri casi dalla data della pubblicazione del Regolamento (art. 21, *c*, *d*, *g*, *h*, *i*). Il sistema dei termini a giorno fisso (es. Bg. art. 21 lett. *d*; Cs. art. 16), non è accolto in nessun caso.

A differenza del Regolamento franco-tedesco, secondo il quale

---

(87) Di solito la mancata prestazione di una cauzione dà luogo a una eccezione processuale: cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 40. Cfr. anche *C.P.O.* germanica, §§ 110, 113, 274, n. 5, su cui STEIN, *Grundriss*, § 122. Ma per il Regolamento italo-germanico la mancanza del deposito deve esser rilevata d'ufficio (art. 14; cfr. art. 18 Cs. cpv. 2°).

(88) Fr. 3; Ingl. 1; Bg. 21; Gp. 1; S. 3; Cs. 16; Iu. 15; P. 20; R. 4. Questi termini sono stati prorogati per Bg. con deliberazione del 5 maggio 1921, e per Fr.: cfr. *D. I. Z.*, 1921, pag. 419. Su alcune questioni pratiche in tema di decorrenza di termini, cfr. IOHANNES, in *I. W.*, 1921, 130.

(89) Più semplicemente di tutti, il Reg. cecoslovacco-tedesco stabilisce che « tutte le istanze devono essere indirizzate alla segreteria entro il 30 giugno 1922 », salvi i casi contemplati nel capoverso (art. 16).

(90) Cfr. RABEL, scritto cit., pag. 342.

la decorrenza del termine dà luogo soltanto a una vera *eccezione processuale* che deve esser fatta valere dal convenuto nella prima risposta (art. 5: cfr. anche R. 4), la inammissibilità della domanda tardiva deve essere, per il nostro Reg., rilevata d'ufficio (arg. ex art. 22): la dichiarazione di inammissibilità non toglie però alla parte il diritto di riproporre la domanda dinanzi ai tribunali interni competenti nei casi in cui il Trattato lo permette. Sulla facoltà che ha il Tribunale misto di ammettere per considerazioni di equità anche le istanze tardive (art. 22 cpv.), si dirà più innanzi (n. 22).

La domanda può sempre, nel corso del giudizio, essere ridotta: in quanto alle modificazioni, esse sono ammesse a condizione che non ne mutino « il fondamento giuridico e l'oggetto » (art. 23). Appare arduo, in verità, immaginare un qualsiasi caso pratico in cui la modificazione della domanda non implichi necessariamente (invariate restando le *personae*) un mutamento della *causa petendi* o del *petitum*! A ogni buon conto il capoverso dell'art. 23 espressamente permette anche « un ampliamento della domanda », ossia una variazione quantitativa del *petitum*, che può aver luogo prima che scada il termine per la risposta: e anche dopo, se il convenuto vi consente (91).

11. — Alla istanza introduttiva, la quale è subito notificata al convenuto a cura della Segreteria (art. 24), segue il procedimento scritto, il quale però può avere la durata massima complessiva, a partire dalla notificazione dell'istanza, di mesi sei. Questo periodo serve allo scambio delle scritture tra le parti, entro termini preclusivi (art. 27 cpv.) dei quali il Regolamento (a differenza di altri Regolamenti che danno al Tribunale la facoltà di fissarne la durata caso per caso: cfr. Iu. 23; Cs. 23, 25) fissa preventivamente la durata: entro *tre mesi* dalla notificazione della istanza giudiziale il convenuto può depositare o far pervenire alla segreteria del tribunale la sua *risposta* (art. 25); entro *due mesi* dalla notificazione della risposta l'attore può depositare o far pervenire la sua *replica*; ed entro *un mese* dalla notificazione di questa può il convenuto depositare o far pervenire una *controreplica* (art. 26) (92). Le disposizioni dell'art. 19 re-

(91) Cfr. Fr. art. 7 (R. 6), che ammette le modificazioni della domanda « *mais sans que la nature en soit changée* », e vieta in ogni caso l'ampliamento; Bg. 25, che ammette in genere ogni modificazione « *pourvu que la nature de l'affaire ne s'en trouve pas changée* » (conformi: Iu. 19; Cs. 21; P. 21).

(92) Cfr. Fr. 13, 26, 28; Bg. 27, 31; Gp. 9, 11; Iu. 21, 23; Cs. 23, 25; P. 26, 30. Secondo Ingl. *rule* 15, la replica e la controreplica sono richieste solo in quanto l'attore o il convenuto non si limitino semplicemente a negare i fatti affermati dalla controparte.

lative al contenuto dell'istanza si applicano anche, in quanto sia possibile, alle scritture di risposta, replica e controreplica (art. 25 e 27); è strano però che mentre l'art. 25 espressamente richiama per la scrittura di risposta i requisiti indicati per la scrittura introduttiva nei nn. 1, 3, 4, 5, 6 dell'art. 19 e quindi anche, tra questi, la enunciazione delle prove di cui il convenuto intende valersi (art. 19 n. 3), tralascia poi di richiamare il n. 2 dello stesso articolo 19, quasi a fare intendere che nella risposta non è richiesta la esposizione dei fatti sui quali il convenuto intende appoggiare le sue difese: ora come si può logicamente esigere nella risposta la indicazione dei mezzi di prova del convenuto, se non è insieme richiesta la indicazione dei fatti che egli intende provare (93)?

I termini fissati dal nostro Regolamento per lo scambio delle scritture hanno in genere durata più lunga di quelli analoghi fissati dagli altri Regolamenti, ma l'art. 29 (che costituisce una delle novità del Regolamento italo-germanico) dà facoltà al presidente, sull'istanza di una delle parti o di un Agente, « ove ritenga che la causa abbia carattere di urgenza o sia di facile indagine », di abbreviare la durata dei termini stabiliti per la replica o controreplica (non di quello di tre mesi stabilito per la risposta); o addirittura di ordinare che la causa sia trattata col cosiddetto *procedimento abbreviato*, consistente in ciò, che appena decorso il termine per la risposta, è fissata, senza ulteriore scambio di replica e controreplica, l'udienza per la trattazione orale (cfr. *oltre*, n. 15).

Il periodo destinato allo scambio delle scritture può avere invece una durata maggiore di quella normale nel caso che nel termine stabilito per la risposta o nella risposta stessa il convenuto proponga una domanda riconvenzionale (94); in tale ipotesi dalla notificazione della domanda riconvenzionale (redatta secondo le disposizioni date dall'art. 19 per la istanza introduttiva) decorrono i termini per la risposta dell'attore e successivamente quelli per la replica e controreplica (art. 34). La trattazione sulla domanda riconvenzionale si svolge sempre alla stessa udienza della causa principale (art. 35).

12. — La proposta di eccezioni *litis ingressum impedientes* o la richiesta di provvedimenti concernenti la partecipazione di terzi alla

---

(93) Tale incoerenza non esiste in Fr. art. 14 *c*, art. 26 *b*; in Bg. art. 28 *c*, 32 *c*, ecc.

(94) Ammette le domande riconvenzionali Fr. 14, lett. *e*; Cs. 24; e, secondo Döring, scritto cit., pag. 660, anche Iu. implicitamente. Le escludono invece Ingl. 13 (il convenuto può proporre contro l'attore una domanda separata, *separate claim*, non una riconvenzione, *counter-claim*); Bg. 29; P. 28.

lite possono dar luogo a una fase autonoma del procedimento, destinata a risolvere, separatamente dal merito, questioni preliminari di natura processuale. Questa trattazione separata, che ha una certa somiglianza col procedimento incidentale nel rito formale del nostro Cod. proc. civ. (art. 182 e segg.), è chiamata nel Regolamento italo-germanico « *trattazione preliminare* » (artt. 37-39). Essa può aver luogo nei seguenti casi:

a) Le eccezioni *litis ingressum impedientes*, le quali sono proponibili soltanto entro il termine fissato per la presentazione della risposta (principio di preclusione), sia nella stessa scrittura di risposta, sia con scrittura separata prima di rispondere nel merito, devono, qualora siano più d'una, essere presentate contemporaneamente (principio di eventualità) art. 30 (95). Il Tribunale può, con ordinanza, disporre che la trattazione e la decisione di queste eccezioni si svolga in uno stadio preliminare, separato dalla trattazione del merito: a tale scopo fissa i termini per la presentazione di scritture e di allegati relativi alla questione preliminare, e stabilisce l'udienza per la trattazione orale di questo punto, deciso il quale mediante sentenza, la procedura di merito può, se del caso, continuare (artt. 37 e 38); ma il Tribunale può altresì, ove il convenuto si sia valso della facoltà di proporre con scrittura separata tali eccezioni, ordinare che la decisione delle questioni preliminari sia riunita alla decisione del merito (art. 39) (96).

b) Nel termine stabilito per la risposta, in una scrittura separata o nella stessa scrittura di risposta, il convenuto (dell'attore non si fa parola) può chiedere « di essere autorizzato a chiamare in causa un garante o un terzo cui si creda comune la controversia, perché lo rilevi dalle conseguenze del giudizio o si associ alla difesa » (art. 31). Gli articoli che regolano questo istituto (31, 32, 35, 37) sono tali, bisogna francamente riconoscerlo, da ingenerare oscurità ed equivoci: l'art. 31, dicendo che il convenuto « può chiedere di essere autorizzato a chiamare ecc. », può far credere che egli si debba limitare a chiedere tale autorizzazione, per poi eseguire direttamente,

---

(95) Identico anche nella forma Fr. 23; cfr. anche, sostanzialmente simili, Bg. 35; Iu. 26; Cs. 28; P. 34. In questo senso anche la *Proposta* CHIOVENDA, art. 25. Cfr. sulla eccezione di incompetenza Ingl. *rule* 14; Gp. 29.

(96) Per Fr. 24, quando l'eccezione è proposta in scrittura separata, la trattazione del merito è sempre sospesa; invece Bg. 36, Ingl. 27, Cs. 29, P. 35 lasciano al Tribunale la facoltà di stabilire la trattazione separata nonché quella di udire le parti oralmente, salvo, in quest'ultimo punto, Cs., secondo il quale, se non c'è richiesta di parte, il Tribunale decide la questione preliminare in base alle sole scritture. Cfr. anche *Proposta* CHIOVENDA, art. 28: conforme *C.P.O.* austr. § 260 e segg.: disforme § 275 *C.P.O.* germanica. Cfr. RABEL, scritto cit., pag. 343.

dopo averla ottenuta, la chiamata del terzo; invece il seguito dello stesso articolo ci fa intendere che il convenuto deve presentare al Tribunale non una semplice richiesta di autorizzazione a chiamare, ma addirittura la domanda contenente la chiamata in causa del terzo, con tutte le indicazioni che l'articolo medesimo specifica: dopodiché il presidente dispone mediante ordinanza la chiamata del terzo, provvedendo d'ufficio alla notifica della domanda a tutte le parti interessate (art. 32, I[a] parte) (97). « Dalla notifica decorrono i termini per la risposta del chiamato in causa e si applicano analogamente tutte le norme stabilite per la risposta, replica e controreplica principali ». Il Regolamento non ci dice se il presidente debba in ogni caso, sia pure provvisoriamente, « disporre » la chiamata in causa o se invece abbia facoltà di respingerla d'ufficio; non ci dice neppure se e come la controparte del chiamante abbia diritto di fare opposizione alla chiamata per evitare ritardi nella decisione della causa principale: ci dice solamente che la domanda di chiamata in causa (cioè, per esser più esatti, le eventuali questioni nella ammissibilità della chiamata in causa, già provvisoriamente eseguita) (98) è discussa alla stessa udienza della causa principale (art. 35), a meno che sia ordinata per essa la trattazione preliminare separata, nelle forme (artt. 37-39) che abbiamo già viste precedentemente per le eccezioni *litis ingressum impedientes* (99). Un altro punto delicato e difficile che il Regolamento

---

(97) Queste disposizioni contengono anche notevoli improprietà di linguaggio; nell'art. 31 (« ... la chiamata in causa deve contenere... ») la espressione « chiamata in causa » significa evidentemente il libello di chiamata in causa, la scrittura contenente la domanda di chiamata in causa; nell'art. 32 (« la chiamata in causa è disposta con ordinanza... ecc. ») la stessa espressione significa invece l'atto del chiamare in causa, la esecuzione della chiamata. È strano poi che l'art. 32 senta il bisogno di specificare che l'ordinanza dev'essere scritta « *a piedi* [*sic!* evidentemente si è voluto dire "al piede"] *della domanda* », senza considerare che una disposizione simile, che avrebbe un significato ove gli atti del processo si dovessero redigere su carta bollata (es. art. 395 Cod. proc. civ.), perde ogni importanza pratica in un procedimento, com'è questo, in cui tutti gli atti si fanno in carta libera! Cfr. RABEL, scritto cit., pag. 341, col. 1[a].

(98) Cfr. RABEL, scritto cit., pag. 343.

(99) Con molta maggior precisione la materia della chiamata in garantia e della chiamata in causa è regolata dal Reg. fr. 17-19 (R. 15-16) e dal Reg. bg. 39-43 specialmente in relazione al diritto di opporsi alla chiamata che compete alla controparte (Fr. 18, Bg. 41). Il Bg. contempla anche il caso di una chiamata fatta dall'attore (39). All'incirca identici a Bg., gli artt. 38-42 di P.; molto più semplici invece le disposizioni di Iu. 30 e di Cs. 30-31 (sulla brevità delle disposizioni di Iu., motivata dalla considerazione che i casi di chiamata in causa davanti i Tr. misti saranno in pratica rarissimi, cfr. DÖRING, scritto cit., pag. 660). Sui varî casi di litisconsorzio o intervento di terzi in lite contengono minuziose disposizioni i *rules* 16-22 di Ingl.

non chiarisce è questo: se, nel caso che il chiamato in garantia non comparisca o comparendo neghi di esser tenuto a rilevare il chiamante dalle conseguenze del giudizio, possa il Tribunale, nella stessa sentenza in cui decide la questione principale, decidere anche, a favore del chiamante, la questione di garantia. Il Reg. bg. nel suo art. 42, espressamente risolve il dubbio, disponendo che « *lorsque le tiers a été appellé en garentie il peut être condamné ultérieurement, conformement aux conclusions prises contre lui dans la requête en intervention* »; ma nel nostro Regolamento, data la mancanza di una disposizione espressa che risolva il contrasto fra il diritto processuale italiano, che conosce l'istituto della chiamata in garantia, e il diritto processuale tedesco, che conosce soltanto la denuncia di lite (*Streitverkündung*: § 72 e segg. *CPO*), ritengo che la questione debba esser risolta in senso negativo (100), principalmente perché il T. a. m., competente a conoscere la questione principale tra attore italiano e convenuto tedesco o viceversa, mancherebbe di giurisdizione sulla questione di regresso vertente tra connazionali (101).

c) Anche l'intervento volontario, il quale, « fino all'inizio della discussione definitiva » può esser proposto mediante istanza diretta al Tribunale da « chiunque abbia legittimo interesse ad intervenire in causa » (art. 33) può dar luogo a questioni sulla sua ammissibilità, le quali possono essere discusse alla stessa udienza della causa principale (art. 35) o in una trattazione preliminare eparata (art. 37). In ogni caso le questioni sull'intervento non possono far ritardare la decisione della causa principale (art. 33 cpv.) (102).

13. — Quantunque il T. a. m. abbia in materia di prove poteri molto più ampî, come ora si vedrà, di quelli consentiti al giudice

---

(100) Cfr. su questo punto le considerazioni decisive del RABEL, scritto cit., pag. 343.

(101) È noto che anche nel dir. processuale italiano la chiamata in garantia non può mai derogare alla competenza per materia o per valore (art. 100 CPC; cfr. la mia *Chiamata in garantia*, n. 118): affinché il Tribunale arbitrale misto potesse esser competente a giudicar dell'azione di garantia, bisognerebbe ch'essa stessa, oltreché l'azione principale, rientrasse tra le categorie di azioni che il Tr. Vers. deferisce alla competenza dei Tribunali misti, caso rarissimo, se non impossibile, in pratica (se, ad esempio, un italiano iniziasse davanti il Trib. misto una causa contro un tedesco, e questi, per uno dei rapporti che rientrano nella competenza del Trib. misto, chiamasse a sua volta in causa un italiano: o viceversa). Cfr. su questa questione le decisioni del T. a. m. franco-tedesco 24 marzo 1921 (*Rec.*, I, pagg. 86-88) e del T. a. m. belga-tedesco 24 gennaio 1922 (*Rec.*, I, pag. 739).

(102) Cfr. Fr. 20-22; Bg. 37-38; S. 20-22; Iu. 28-29; Cs. 30-31; P. 36-37.

italiano dal Codice di procedura civile, pure è necessario avvertir subito che per ciò che concerne la scelta dei fatti da accertare, è in pieno vigore anche davanti al T. a. m. il *principio dispositivo*, secondo il quale l'onere di affermare i fatti intorno ai quali deve poi svolgersi la prova incombe interamente alle parti (*judex secundum allegata judicare debet*). Per facilitare al Tribunale la determinazione dei punti di fatto controversi tra le parti (103), il Reg., inspirandosi in ciò al processo germanico e austriaco (*C.P.O.* germanica § 138, *C.P.O.* austriaca § 178), impone alle parti l'obbligo di dichiararsi nelle scritture intorno alla verità dei fatti articolati nelle scritture avversarie: la risposta del convenuto deve infatti contenere « il riconoscimento o la contestazione precisa dei fatti articolati nell'istanza. Se i fatti non sono personali al convenuto, egli può limitarsi a dichiarare che li ignora » (art. 25); analoga disposizione vige per la replica e controreplica (104). Non è detto, come in altri Regolamenti, che il silenzio valga senz'altro come riconoscimento (105); ma contro tale silenzio provvede indirettamente l'art. 40, il quale, dando facoltà al Tribunale di invitare le parti a riparare irregolarità o mancanze che si riscontrino negli atti, gli dà implicitamente facoltà di invitarle a dichiararsi, come è loro obbligo, sui fatti avversarî: se poi, nonostante tale invito, una delle parti perseverasse nel silenzio, la libertà di cui gode il Tribunale nel valutare gli elementi di prova (art. 52) lo autorizzerebbe a considerare il silenzio come tacito riconoscimento (106). Così, dal confronto delle scritture scambiate durante la prima fase del procedimento, il Tribunale, è messo in grado di conoscere con precisione (agevolato in ciò dalla numerazione progressiva dei fatti articolati) quali tra i varî fatti di causa siano concordati e quali controversi: né c'è bisogno, pertanto, di quella *audience préliminaire* dinanzi al presidente che il Regolamento franco-tedesco, imitandola dalle leggi processuali svizzere (cfr. specialmente gli artt. 161-167 del *Code de proc. civ. du Valais*, 22 novembre 1919) fa servire ap-

---

(103) Su tutto questo n. 13, cfr. RABEL, scritto cit., pagg. 342-343.

(104) Cfr. Fr. 14 *b*, 15; Ingl. 9; Bg. 28 *b*, 32 *a*, 33; Gp. 10, n. 3; S. 14 *b*, 15; Iu. 22 *b*; Cs. 24; P. 27 *b*. Nel Reg. Ingl. il *rule* 36 stabilisce che se una parte, invitata dall'altra a dichiararsi sulla verità di un fatto, contesta il fatto e rende così necessario un procedimento probatorio, può essere condannata alle spese di questo procedimento, qualora la prova le riesca contraria; notevole anche il *rule* 38, che dà facoltà alle parti di concordare i fatti e di sottoporre i fatti concordati al Tribunale che si limita a risolvere la questione di diritto.

(105) Così Ingl. 9.

(106) In questo senso Iu. 25 e Cs. 27. Conforme la *Proposta* CHIOVENDA, art. 20 cpv. 2°.

punto « *pour procéder à l'épuration des faits et à l'indication des moyens de preuve* » (artt. 37-42) (107).

Stabilito così quali sono i fatti che hanno bisogno di esser provati l'art. 41, per quanto attiene alla ammissione, alla esecuzione e alla valutazione delle prove enuncia il principio generale che « il tribunale può disporre tutti i mezzi di prova diretti ad accertare la verità dei fatti e ad assicurare una decisione conforme a giustizia » (108). Questa affermazione di principio, che è tolta dall'art. 29 della *Proposta* CHIOVENDA, non ha qui, dal punto di vista pratico, una grande importanza; poiché essa si limita qui ad essere il preannuncio generico, e quasi direi programmatico, di quella latitudine di poteri riconosciuta al giudice in materia di prova, le cui manifestazioni concrete e praticamente rilevanti si trovano in altri articoli (42, 52). Questo art. 41, infatti, non significa già, come potrebbe apparire alla prima lettura, che il Tribunale possa disporre *d'ufficio* tutti i mezzi di prova che il seguito dell'articolo stesso enumera: quali sono i mezzi di prova che il Tribunale può disporre d'ufficio, ce lo dice infatti l'art. 42, il quale viene così a rendere superflua l'enumerazione dei mezzi di prova contenuta nell'articolo precedente. Né si può dire che l'art. 41 sia necessario per affermare il principio della libera valutazione delle prove, e la esclusione di qualsiasi residuo di prova legale: giacché il suddetto principio trovasi più esplicitamente consacrato da un apposita disposizione (art. 52). Dalla prima parte dell'art. 41 si possono tuttavia dedurre alcune conseguenze pratiche che non sono esplicitamente consacrate in altre disposizioni del Regolamento: che, cioè, il Tribunale nell'ammissione dei mezzi di prova non è mai vincolato dall'accordo delle parti, nel senso che esso può sempre, contrariamente al sistema seguito dal Reg. ingl. (109), rifiutare l'ammissione di un mezzo di prova concordemente chiesto dalle parti, quando non lo

---

(107) Lo stesso scopo cui serve nel Reg. fr. la *audience préliminaire* può essere raggiunto nel nostro Reg. mediante l'uso di quella facoltà che l'art. 40 riconosce al Tribunale, di invitare « d'ufficio ed in ogni stato della causa le parti e i loro procuratori e difensori a chiarire, entro un determinato termine, le loro conclusioni e richieste, a completare l'esposizione dei fatti o la documentazione ed a provvedere, se del caso, a riparare irregolarità e mancanze che si riscontrino negli atti o nei documenti ». Cfr. *Proposta* CHIOVENDA, art. 31.

(108) Cfr. Fr. 88; Bg. 48; Iu. 34; Cs. 34; P. 47, nei quali articoli si trovano fusi in una sola disposizione i concetti che il nostro Reg. enuncia separatamente nell'art. 41 e nell'art. 52. Cfr. anche R. 42.

(109) Secondo il Reg. Ingl. (specialmente *rule* 24 *a*) il Tribunale non ha facoltà di decidere se la prova chiesta dalla parte sia ammissibile, ma solo di stabilire in che forma (se dinanzi al Tribunale o dinanzi a un giudice delegato) essa debba avvenire: cfr. ZACHARIAS, scritto cit., in *I. W.*, 1921, 129 e BARANDON, *ibidem*, 1921, 1401; SCHÄTZEL, in *D. I. Z.*, 1921, 245.

ritenga idoneo ad accertare la verità; e che la enumerazione dei mezzi di prova contenuta nel seguito dell'art. 41 è meramente esemplificativa, poiché il Tribunale può sempre ammettere qualsiasi mezzo di prova che ritenga idoneo ad accertare la verità, anche se non rientra tra quelli espressamente previsti dal Regolamento (110).

Se si esamina ora più da vicino l'art. 42, il quale determina quali mezzi di prova possono essere ordinati *d'ufficio* dal Tribunale, vediamo che i poteri concessi al giudice da questo Regolamento sono assai più ampî di quelli riconosciuti dal nostro vigente diritto interno; non solo infatti il Tribunale misto può ordinare d'ufficio, come anche il Cod. proc. civ. consente, perizie e accessi sui luoghi (art. 42, lett. *c*; cfr. artt. 267 e 271 Cod. proc. civ.) (111); non solo può ordinare la comparizione personale delle parti per essere interrogate sui fatti della causa, come tutte le più moderne legislazioni processuali ammettono e come in alcuni casi è consentito anche dal diritto italiano (art. 42 lett. *a*: cfr. artt. 401, 446 e 464 Cod. proc. civ.) (112); ma può anche, d'ufficio, ordinare l'ammissione di prove testimoniali (art. 42 lett. *b*) il che costituisce una notevole novità non solo di fronte al diritto processuale italiano, ma anche di fronte a quello tedesco (113). Tanto più sorprendente, data questa latitudine di poteri concessa al Tribunale misto in materia di prova testimoniale, il fatto che l'art. 42 non dia al Tribunale la facoltà, consentita da tutti gli altri Regolamenti, di ordinare d'ufficio la produzione di libri e documenti (114). (Su questo punto cfr. però, *oltre*, n. 14 lett. *e*).

---

(110) Queste considerazioni dimostrano come la formulazione dell'art. 41, specialmente in rapporto all'art. 42, sia, dal punto di vista della tecnica legislativa, difettosa. L'enumerazione contenuta nell'art. 41 avrebbe trovato la sua sede più idonea, per ciò che attiene alle lettere *a*, *b*, *c*, nell'art. 42; mentre la disposizione *sub d* fino alla fine dell'art. poteva costituire un articolo a sé. Si cfr. quanto più logicamente costruiti sono gli artt. 29 e 30 della *Proposta* CHIOVENDA, ai quali questi artt. 41 e 42 del Reg. hanno voluto ispirarsi!

(111) Cfr. Fr. 57 e 61; Bg. 55 e 56; Iu. 45-46; Cs. 45-46; Gp. 19; P. 53-54; e *Proposta* CHIOVENDA, art. 30, n. 4.

(112) Cfr. specialmente Bg. 54; P. 52; e *Proposta* CHIOVENDA, art. 30, n. 1.

(113) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 731; STEIN, *Grundriss*, § 12, III, 2, pag. 31. L'ammissione di prove testimoniali d'ufficio è invece consentita dalla *C.P.O.* austriaca, § 183 e dal processo francese (GARSONNET, *Traité*, III, § 834 e Cod. proc. civ. art. 254 al quale il nostro Regolamento si è inspirato). Nel Reg. Fr. non è detto espressamente che possa aver luogo una ammissione *d'ufficio*, ma, dato il sistema francese, deve interpretarsi in questo senso l'art. 51; diverso principio invece vale, secondo SCHÄTZEL, scritto cit., pag. 245, in Bg. Facoltà di ammettere d'ufficio tutti i mezzi di prova in Ingl. 26 e Gp. 22.

(114) Cfr. Fr. 90; Bg. 57; Ingl. 27; Iu. 47; Cs. 47; P. 55; Gp. 20-21; R. 43; *Proposta* CHIOVENDA, art. 30, nn. 2-3.

Per quanto attiene allo svolgimento dei procedimenti probatorî in generale, vigono le seguenti regole. I mezzi di prova sono ammessi in ogni caso (d'ufficio o su richiesta di parte, sull'accordo delle parti o anche quando le parti dissentano sull'ammissione) mediante « ordinanza del tribunale » (art. 42) (115). L'esecuzione della prova avviene, nel giorno e nel luogo stabilito dall'ordinanza, davanti al tribunale, a meno che il collegio unanime non abbia delegato a raccoglierla il solo presidente (art. 43 cpv. 1°; art. 44) (116). Della prova raccolta si forma verbale (artt. 43, 47, 49). Qualora durante l'esecuzione delle prove sorgano contestazioni, sono decise mediante « ordinanza » (art. 53: non è detto in questo articolo se si tratti di ordinanza del tribunale o del presidente; ma si deve ritenere che, nel caso in cui a raccogliere una prova sia delegato il presidente, l'ordinanza possa essere pronunciata da lui). Tanto la ordinanza che ammette una prova, quanto quella che decide contestazioni sorte durante la esecuzione della prova sono impugnabili, ma senza effetto sospensivo, mediante reclamo al Tribunale, che vi decide congiuntamente al merito della controversia (art. 42 cpv. ultimo; articolo 53): la stranezza di questa disposizione, che ammette l'impugnativa di un provvedimento collegiale dinanzi allo stesso collegio che lo ha emanato, non ha bisogno di commenti! (117).

---

(115) Cfr. Fr. 89; Bg. 49 (secondo questo articolo il Tribunale prima di decidere sull'ammissione delle prove, può udire le parti e i loro procuratori: cfr. art. 40 del nostro Reg.). Non sembra molto facile definire quali siano, nel nostro Regolamento, i caratteri distintivi del provvedimento designato col nome di « ordinanza ». Non si può dire, infatti, che la ordinanza sia un provvedimento emanante dal solo presidente (art. 50 Cod. proc. civ.), perché, se vi sono nel Regolamento varî casi di ordinanze emanate dal presidente (es. art. 28 cpv. ultimo; 29; 32; ecc.), numerosi sono anche i casi di ordinanze emanate dall'intero collegio (es. 37; 42; ecc.). Neppure sarebbe esatto affermare che la ordinanza è il provvedimento preso, dal presidente o dal collegio, sull'accordo delle parti: giacché vi sono dei casi in cui il Regolamento ammette che mediante ordinanza siano risolte vere e proprie questioni sull'ammissibilità di una prova (art. 42 cpv. ultimo; su contestazioni sorte durante la esecuzione di una prova, art. 53). L'unico carattere comune è, se mai, questo: che le ordinanze (senza distinguere se siano pronunciate dal collegio o dal presidente, sull'accordo o nel dissenso delle parti, o d'ufficio) non riguardano mai il merito, ma costituiscono sempre provvedimenti relativi allo svolgimento del processo. Cfr. per il diritto italiano, CHIOVENDA, *Principii*, § 58, IV.

(116) In Iu. 39 e P. 48 è ammessa la delegazione di uno qualunque dei componenti il collegio.

(117) Una impugnativa dinanzi al collegio sarebbe concepibile e logica, quando l'ordinanza che ammette la prova o risolve contestazioni sorte durante la esecuzione fosse sempre pronunciata dal solo presidente (casi di ordinanze emananti dal presidente o dal giudice delegato, le quali risolvono un incidente e sono poi reclamabili dinanzi al collegio si hanno, per es., nell'art. 182 Cod.

14. — Le considerazioni svolte finora intorno al regime delle prove in generale debbono essere integrate con qualche osservazione intorno ai più notevoli caratteri dei singoli mezzi di prova.

a) *Interrogatorio* (art. 43 cpv.; art. 44). Contrariamente alla disposizione dell'art. 216 del nostro Cod. proc. civ., l'ordinanza che dispone la comparizione delle parti o di una di loro e fissa il giorno per l'interrogatorio non deve contenere indicazione specificata per articoli separati dei fatti su cui le parti saranno interrogate (già noti attraverso le scritture). L'interrogatorio si svolge così sul tipo inglese liberamente: il nostro Regolamento non ammette, come altri fanno (118) l'interrogatorio giurato;

b) *Prova testimoniale* (artt. 44-47). Poiché nell'ordinanza che ammette la prova devono, insieme coi fatti da provare, essere anche designati « i testimoni da sentire » (già noti al Tribunale attraverso le scritture) non è richiesta, come nel nostro diritto interno e come in altri Regolamenti (119), una separata comunicazione di liste contenenti il nome dei testimoni. Notevolissima la disposizione dell'art. 46 la quale, abolendo, in armonia col sistema della libera valutazione, ogni limitazione legale della capacità a testimoniare, stabilisce che « chiunque è capace di far testimonianza, eccetto le parti e i loro

---

proc. civ., e nell'art. 40 del r. decr. 31 agosto 1901). Nella *Proposta* CHIOVENDA sono disposte mediante ordinanza solamente le prove ritenute ammissibili dall'autorità giudiziaria e non contestate fra le parti (art. 36); e se « all'udienza si potrà poi discutere e dovrà occorrendo decidersi se i mezzi istruttorî predisposti siano ammissibili » (*Relaz.*, § 82), ciò deriva dal fatto che il provvedimento con cui le prove sono disposte non risolve una controversia, ed è preso, nei tribunali collegiali, dal presidente (art. 130). Qualora, invece, l'ammissibilità di una prova sia contestata tra le parti, essa non può essere ammessa che con sentenza del collegio (art. 36 cpv.), impugnabile poi, come le altre sentenze interlocutorie, dinanzi al giudice superiore (art. 85). Il Reg. Fr., nel suo art. 89, si limita a enunciare il principio che l'ordinanza del Tribunale che ammette una prova testimoniale non pregiudica il merito (cfr. per il *Beweisbeschluss* del processo tedesco, HELLWIG, *System*, I, § 208, II, 3, e STEIN, *Grundriss*, § 89) ma non parla di impugnativa davanti allo stesso collegio!

(118) Secondo Fr. art. 83 (« *Le tribunal peut exceptionellement entendre les parties ou leurs répresentants légaux comme témoins et les assermenter* ») e secondo P. 52 e R. 50, il Tribunale ha facoltà di interrogare le parti sotto il vincolo del giuramento, che ha, come quello dei testimoni, carattere *promissorio*. Il nostro Regolamento non ammette neppure il giuramento suppletorio sopra determinati fatti che la *Proposta* CHIOVENDA, art. 42, coordina all'interrogatorio (Cfr. *Relazione*, §§ 85-87).

(119) Fr. art. 51; Cs. art. 36; Iu. art. 36 (modif. 23 dicembre 1921), che differisce dai due precedenti nel senso che il termine entro cui la lista dev'essere depositata è fissato dallo stesso Regolamento, mentre per gli altri due è fissato di volta in volta dal Tribunale o dal presidente.

procuratori » (120): nessuna esclusione, dunque, né per ragioni di età né per vincoli di parentela; soltanto l'art. 47, il quale dispone che prima dell'esame i testimoni debbono prestar giuramento « di dire tutta la verità e niente altro che la verità » (121), aggiunge che il testimone « avuto riguardo alle particolari circostanze del caso e specialmente all'età e ai vincoli della parentela » può esser dispensato dal giuramento. Le domande ai testimoni sono rivolte dal presidente (122).

c) *Perizia* (art. 48). Nell'ordinanza che dispone la perizia è indicato l'oggetto della indagine affidata al perito o a più periti (non è detto se le parti possano accordarsi sulla scelta) (123) ed è fissato il termine per il deposito della relazione. I periti non giurano (121). È sempre in facoltà del Tribunale chiedere ai periti schiarimenti orali o per iscritto, o ordinare un supplemento di perizia.

d) *Accesso sul luogo* (art. 49). L'ordinanza che dispone l'accesso sul luogo stabilisce l'oggetto e lo scopo dell'ispezione e la nomina, ove occorra, di un esperto che assista al tribunale. Possono essere sentiti, se l'ordinanza lo stabilisce, testimoni sul luogo (125). L'esecuzione della prova mediante un delegato del tribunale, che è consentita per l'interrogatorio e per la prova testimoniale, non è neppur prevista per l'accesso, quantunque la delegazione sarebbe qui opportuna, per rimparmio di tempo e di spese, più che per gli altri mezzi di prova.

e) *Documenti.* Per l'art. 41 *d*), il Tribunale può assegnare un termine alle parti per produrre in segreteria: libri di commercio;

---

(120) Un criterio ugualmente largo è seguito da Fr. (il quale anzi, come si è visto nella nota 2, assoggetta anche le parti e i loro rappresentanti al procedimento dei testimoni) e da Bg. Cfr. anche Ingl. *rule* 31 *a*. Sono invece stabilite speciali categorie di persone incapaci a testimoniare, che possono essere udite soltanto a titolo di informazione, da Iu. 40 (cfr. Döring, cit., pag. 600) da Cs. 39 e R. 49. Secondo Gp. 23 « il tribunale può, se lo crede opportuno, esaminare le parti come testimoni ».

(121) Cfr. Fr. 55; Bg. 51; Iu. 41; Cs. 46. Il Reg. Ingl. 31, *b* non richiede di regola, il giuramento dei testi. Secondo il nostro Reg. alla formula del giuramento « l'invocazione della divinità può essere aggiunta... *se il testimone ne faccia richiesta* » (!); più logicamente, dal punto di vista della psicologia del testimone, Bg. 51: « ... *si le témoin y consent* ». Cfr. P. 50.

(122) Diversamente avviene secondo il Reg. inglese, per il quale, in conformità dell'uso giudiziario inglese, ciascuna parte ha diritto di interrogare direttamente i propri testimoni e quelli avversarî: cfr. per le modalità di tale *cross-examination* tutto il *rule* 31 *a* del Reg.: e Barandon, *Der Zeugenbeweis vor dem Deutsch-Engl. G. Schiedsg.*, in *I. W.*, 1921, 1401.

(123) Cfr. in senso affermativo Ingl. 32.

(124) Diversamente Fr. 57 (giuramento su richiesta di parte); Bg. 56 e P. 54 (giuramento salva dispensa accordata dal presidente); Iu. 46; Cs. 46.

(125) Fr. 61; Bg. 55; Cs. 45; Iu. 45; P. 53.

documenti « anche non comuni alle parti e posseduti da una soltanto di esse, quando tali documenti siano richiamati negli atti di causa ed appaiano influenti per la decisione »; e in genere, se del caso, oggetti mobili. Tale produzione, come si è visto (*retro*, n. 13) non può essere ordinata d'ufficio (art. 42); ma questa, già rilevata, strana mancanza di iniziativa viene in parte temperata dall'art. 28 cpv. ultimo, secondo il quale il Tribunale può anche d'ufficio ordinare a una parte di depositare in originale alla segreteria i documenti allegati in copia alle scritture (Bg. art. 17) e dall'art. 40, il quale dà in genere facoltà al Tribunale di invitare d'ufficio le parti « a completare... la documentazione » (126).

f) *Giuramento.* Del giuramento probatorio il Regolamento non fa parola (127): allo scopo di bandire ogni traccia di prova legale, ha tacitamente escluso dai mezzi di prova non solo il giuramento decisorio deferito dalla parte (128), ma anche qualsiasi forma di giuramento suppletorio (129). Non è questa la sede per ridiscutere se questa così generale esclusione del giuramento probatorio sia da approvarsi: si deve invece osservare, dal punto di vista della tecnica legislativa, che sarebbe stato forse preferibile che il Regolamento avesse consacrato tale esclusione in un apposito articolo. I compilatori del Regolamento hanno probabilmente ritenuto che tale esclusione fosse una conseguenza necessaria dell'art. 41, il quale, dando facoltà al Tribunale di disporre « tutti i mezzi di prova diretti ad accertare la verità dei fatti », verrebbe con ciò implicitamente a bandire il giuramento che, dato il suo carattere di prova legale, non si potrebbe mai considerare come diretto « ad accertare la verità dei fatti ». Senonché a chi ben consideri la formula adoprata dall'art. 41 e il carattere esemplificativo, non tassativo, che ha l'enumerazione di mezzi di prova in esso contenuta, sembra molto dubbio che da tale formula l'ammissibilità del giuramento probatorio possa dirsi in ogni caso negata: anche il giuramento probatorio infatti, quando gli sia tolto il carattere di prova legale, in forza del quale il giudice resta vincolato dalla prestazione del giuramento o dal rifiuto di prestarlo, può in certi casi, attraverso la libera valutazione (art. 52), fornire al giudice un indizio non altrimenti raggiungibile e riuscire così un mezzo di

---

(126) Cfr. Fr. 90; Bg. 57; Iu. 47; Cs. 47; P. 55; Ingl. 24 *d*; 25 (richiesta di ispezionare i documenti diretta da parte a parte); 27 (d'ufficio).

(127) Così il Reg. fr., e quelli che più da vicino lo imitano (Gr. e S.). Ne tace anche il Reg. P.; e Ingl., conformemente al processo inglese.

(128) Ammesso da Bg. 53; Iu. 43; Cs. 42.

(129) Bg. 53, Iu. 44, Cs. 43 ammettono il giuramento suppletorio sia d'ufficio, sia su richiesta di parte: Iu. 47 e Cs. 47 ammettono anche uno speciale giuramento « per ottenere la produzione dei documenti » (*Editionseid*).

accertamento della verità (130); e non sembra davvero che dall'art. 41 l'ammissione di un cosiffatto giuramento possa dirsi assolutamente vietata.

15. — Conformemente alle disposizioni del Tr. Vers., le quali lasciano intendere che il procedimento dinanzi ai Tribunali misti dev'essere in parte scritto e in parte orale (art. 296 alleg. § 18 cpv.: art. 304 alleg. § 3) anche il nostro Regolamento dispone che alla fase scritta segua, come conclusione del procedimento, una fase orale in udienza. E anche in ciò il Reg. si avvicina alla struttura del procedimento formale del Cod. proc. civ. italiano, pur differenziandosi da esso per questa fondamentale diversità: che mentre, nel procedimento formale italiano il passaggio dalla fase scritta alla fase orale ha effetto preclusivo (la causa, infatti, va in udienza *a istruttoria chiusa*: cfr. art. 176 Cod. proc. civ.), nel procedimento che si segue dinanzi al Trib. italo-germanico la chiusura dell'istruttoria scritta non impedisce alle parti di far valere nuovi fatti o di produrre nuovi mezzi di prova prima della chiusura del dibattimento orale. In ciò il Reg. italo-germanico è meno rigoroso degli altri Regolamenti, i quali stabiliscono che, spirati i termini per lo scambio delle scritture, il procedimento scritto sia dichiarato chiuso e di tale chiusura sia data notizia alle parti, colla conseguenza che il materiale di cognizione resta da questo momento, salvi i casi eccezionali, preclusivamente fissato (131): il nostro Regolamento invece, quantunque parli incidentalmente di chiusura dell'istruzione della causa (la quale ha luogo « con la presentazione della risposta e delle eventuali altre scritture di causa o con la decorrenza dei termini all'uopo stabiliti, se non siano disposte

---

(130) Cfr. il capv. ultimo dell'art. 24 della *Proposta* CHIOVENDA, e il § 89 della *Relazione*. Il Reg. Bg., il quale, pur ammettendo il giuramento probatorio (art. 53) stabilisce la regola generale del libero apprezzamento delle prove (48), intende sottoporre anche il giuramento alla libera valutazione. Il Reg. Cs. ha sentito il bisogno di escludere ciò nel suo art. 44, che riafferma energicamente il carattere di prova legale del giuramento.

(131) Cfr. Bg. art. 34 (*clôture de la procédure écrite*, avvenuta la quale « *de nouveaux moyens de preuve ne seront qu'exceptionellement admis* »); Iu. 24; Cs. 26; P. 33; Gp. 14; Ingl. 23 (effetto preclusivo 28). Per il Reg. fr. le parti possono allegare fatti nuovi e chiedere mezzi di prova non chiesti nelle scritture nella *audience préliminaire* davanti al presidente (art. 41), colla sanzione che se questa tardiva richiesta rende necessario un rinvio, le spese da ciò cagionate sono messe a carico della parte ritardataria: chiusa la procedura scritta, l'art. 48 dà facoltà al Tr. di escludere dal dibattimento orale « *tous actes ou documents qui n'auraient pas été produits à l'instruction écrite* »; ma per ragioni di equità il Tribunale può sempre, fino al dibattimento orale, ammettere produzioni nuove e un nuovo procedimento (art. 98).

altre prove, o con l'esecuzione delle prove disposte »: (art. 54), dà facoltà (non obbligo) al Tribunale di ammettere la produzione tardiva di nuovi fatti o nuovi mezzi di prova « fino a che non sia chiusa la discussione definitiva della causa » (art. 57), temperando però la larghezza di questa disposizione colla sanzione della condanna parziale o totale delle spese a carico della parte ritardataria nei casi in cui essa non giustifichi il ritardo (art. 57 cpv.) (132). Anche all'udienza per la trattazione il Tribunale « può rinviare la discussione della causa ad altra udienza, assegnando nuovi termini per la presentazione di nuovi documenti e scritture » (art. 56 cpv. ultimo); e perfino dopo la discussione, quando il collegio si aduna in camera di consiglio per deliberar la sentenza, il Tribunale può, ove « ritenga non istruita sufficientemente la causa », riaprire l'istruttoria secondo le modalità degli artt. 38 e 40 (art. 59, cpv. ultimo).

Questa maggior larghezza del Reg. italo-tedesco nell'ammettere nuovi fatti e nuovi mezzi di prova non dedotti nella fase scritta corrisponde in un certo senso al principio dell'oralità (133); ma non si deve credere per questo che il procedimento quale è costruito dal Regolamento italo-germanico sia un procedimento *orale*, nel senso in cui questa parola è ormai intesa, dopo i *Principii* e dopo la *Proposta* del CHIOVENDA, anche da noi. In realtà, quantunque la chiusura della fase scritta non abbia per la raccolta del materiale di lite effetto preclusivo, anche nella fase cosiddetta orale la scrittura continua ad essere la forma delle deduzioni: oltre le scritture scambiate nella prima fase del procedimento (domanda e risposta, replica e controreplica), si hanno le « scritture conclusionali », da presentarsi nel termine assegnato dal presidente quando fissa l'udienza per la trattazione (art. 54), e altre scritture si possono avere in caso di rinvio della discussione ad altra udienza (art. 56 cpv. ultimo); la discussione orale (che si svolge secondo le modalità stabilite dall'art. 56) si riduce perciò ad essere, come nel vigente processo italiano, nient'altro che una ripetizione e un commento delle deduzioni già fatte per iscritto (134).

---

(132) La disposizione di questo cpv. è tolta dall'art. 55 della *Proposta* CHIOVENDA, con questo in più: che, secondo il cpv. dell'art. 57 la parte « nei casi più gravi potrà essere condannata al rimborso delle maggiori spese cagionate pel ritardo all'altra parte ». Cfr. RABEL, scritto cit., pag. 343.

(133) Cfr. *Relaz.* alla *Proposta* CHIOVENDA §§ 57-58.

(134) Il Reg. Fr. non richiede conclusioni scritte delle parti all'udienza (art. 47); e nell'udienza preliminare le deduzioni possono esser fatte oralmente (art. 41). In Bg. 62 (e così in Cs. 50; Iu. 50; P. 60) è prescritto invece che al dibattimento orale le parti debbano « *déposer leur conclusions* ». La discussione orale ha, del resto, così limitata importanza che per l'art. 61 di P. le parti vi possono rinunciare. Per il Reg. Ingl. *rule* 28 (Gp. 26), dopo la chiusura della

L'unico caso in cui sembra che il Regolamento si inspiri veramente all'oralità, permettendo che siano fatte a voce in udienza deduzioni nuove non precedentemente consacrate in scritture, è quello delle deduzioni tardive, contemplate, come si è visto, dall'art. 57.

Si può dunque affermare che in questo Reg. la scrittura prevale sull'oralità; non solo perché, come si è detto, la discussione orale vi tiene un posto meramente accessorio, ma anche perché non vi si trovano rigorosamente applicati quei principî che dell'oralità sono il naturale corollario. Non sempre, infatti, è rispettato il principio della *immediatezza*, perché molte volte la esecuzione delle prove ha luogo non davanti al collegio, ma davanti al solo presidente (artt. 43, 44); né può dirsi rispettato il principio della *concentrazione*, perché (quantunque non sia escluso che la decisione delle questioni preliminari e incidentali sia riunita colla decisione del merito: art. 35: art. 42 cpv. ultimo; 53) la esecuzione delle prove disposte, anche se si svolge dinanzi al collegio, non ha luogo nell'udienza stabilita per la discussione, la quale, come dispone l'art. 54, viene fissata soltanto quando l'istruttoria sia esaudita « con l'esecuzione delle prove disposte » (135). Contrarie al principio della concentrazione sono altresì le disposizioni che rendono possibile il rinvio della udienza o la riapertura dell'istruttoria (art. 56 cpv. ultimo), e quella che consente al Tribunale di pronunciare la sentenza in giorno diverso da quello in cui la causa è stata discussa (art. 59).

16. — È notevole in tutto questo procedimento la tendenza, contrastante coll'atteggiamento di passività che l'organo giudiziario conserva nel processo italiano, ad aumentare e ad allargare i poteri di iniziativa del giudice. Conosciamo già numerose disposizioni di questo Reg., le quali concorrono a porre il giudice in condizioni di disciplinare e di integrare attivamente la raccolta di materiale di cognizione, sia coll'indicare alle parti quali sono i punti della causa che hanno bisogno di essere chiariti (artt. 20, 28 cpv., 40), sia col disporre di propria iniziativa i mezzi più idonei all'accertamento della verità (artt. 41, 42); analogo innalzamento della funzione del giudice è visibile in questo Reg. per ciò che concerne l'impulso processuale, il quale

---

fase scritta è permessa soltanto una nuova scrittura, da prodursi almeno 10 giorni prima del dibattimento orale, la quale si deve limitare a discutere le questioni di diritto, senza dedurre nuovi elementi di fatto (su questa disposizione, la quale costituisce una deviazione dal processo inglese a favore della concezione processuale germanica, cfr. ZACHARIAS, scritto cit., pag. 129, col. 2ª).

(135) Il Bg. parla espressamente di una « *procédure probatoire distincte* » (art. 59); per questo Reg. art. 49 i testimoni possono però, oltreché in una « *audience speciale* », essere sentiti anche nella stessa « *audience du jugement* ».

è qui affidato in gran parte all'organo giudiziario (*impulso ufficiale*). Le notificazioni sono fatte d'ufficio, a cura della Segreteria (artt. 7, 24, 25, 42, 54, 61, ecc.); iniziato il procedimento, questo di regola continua il suo corso senza bisogno di nuovi atti di parte: chiusa la fase scritta, il Tribunale dispone le prove in base alle richieste contenute nelle scritture, senza bisogno di nuova istanza dell'interessato (136); esaurite le prove, l'udienza per la trattazione orale è fissata d'ufficio (art. 54) e d'ufficio del pari sono ordinati i rinvii (56 cpv. ultimo, 58) o la riapertura dell'istruttoria (art. 59 cpv. ultimo); la esecuzione delle decisioni è richiesta direttamente dal Tribunale agli Agenti (art. 62). I testimoni sono citati d'ufficio (art. 45). Larghi poteri ha anche il Tribunale nel determinare l'ordine e la forma in cui il procedimento deve svolgersi (facoltà di ordinare d'ufficio la riunione o disgiunzione delle cause, art. 36, di disporre la trattazione preliminare separata, art. 37 ecc.).

Conseguenza del prevalere dell'impulso ufficiale è la mancanza in questo come negli altri Reg. dei T. a. m., di uno speciale procedimento contumaciale: « la mancata comparizione di una parte ad una udienza non impedisce il corso del procedimento. Il Tribunale può ordinare un rinvio o giudicare in base agli atti di causa » (art. 58) (137). La volontà delle parti può tuttavia avere influsso sullo svolgimento del procedimento, nel senso di sospenderne il corso per un determinato periodo: poiché il Regolamento, accanto alla sospensione *necessaria* del procedimento che si verifica « nel caso di morte o di sopravvenuta incapacità di agire o di fallimento di una delle parti » (art. 63 cpv.), conosce anche una sospensione *volontaria*, ordinata dal Tribunale per un tempo determinato « sulla concorde domanda delle parti e previo parere degli Agenti dei governi » (art. 63, I[a] parte) (138). Salvi questi casi di sospensione, la mancanza

---

(136) Diversamente, per la prova testimoniale, in Ingl. 24, *a*; e in Gp. 15.

(137) Fr. 73; Ingl. 33; Gp. 35; Bg. 70; Iu. 58; Cs. 58; P. 70. Il nostro Reg., come si è già veduto (*retro*, n. 7 *b*) non autorizza espressamente l'Agente dello Stato, cui appartiene la parte non comparsa, ad assumerne la rappresentanza: ciò è invece espressamente permesso da Fr. 73 cpv.; Ingl. 33; Bg. 70; secondo Iu. 58 e Cs. 58 l'Agente può soltanto chiedere un rinvio. Speciali cautele per accertare che il convenuto abbia ricevuto comunicazione dell'istanza introduttiva, in Ingl. 35, *a* e *b*.

(138) La prevalenza del principio di ufficialità si manifesta però anche in queste disposizioni, perché in caso di sosp. necessaria il Tribunale, ordinando la sospensione, fissa i nuovi termini per la prosecuzione della procedura; e in caso di sosp. volontaria non basta (come per il § 251 *C.P.O.* germanica) il semplice accordo delle parti, ma occorre altresì l'autorizzazione del Tribunale, che può anche rifiutarla. Cfr. Fr. 66, 67; Bg. 71-73 (distingue espress. la *suspension volontaire* dalla *s. forcée*); Iu. 60, 61; Cs. 60, 61; P. 71-73. Sulle origini della

di ogni attività processuale per più di un anno (ipotesi rara a verificarsi in un processo signoreggiato dall'impulso ufficiale!) dà luogo alla perenzione d'istanza (cfr. n. 17, lett. *a*).

17. — Il procedimento può chiudersi: *a*) per *perenzione*; *b*) per *rinuncia*; *c*) per *transazione*; *d*) per *sentenza*.

a) La perenzione, (art. 64) la quale si compie « se non siasi fatto o notificato alcun atto di procedura per il corso di un anno » è sottoposta, all'incirca, alle regole che vigono nel diritto processuale italiano: essa non può essere dichiarata di ufficio (139), ma « deve essere opposta, da chi intende profittarne, in risposta al primo atto tendente alla ripresa o alla prosecuzione della procedura » (140). « Essa ha l'effetto di annullare gli atti di procedura compiuti, ma non estingue i diritti di contestazione, salva l'applicazione dei termini per farli valere davanti al tribunale stabiliti dal presente regolamento »: il che significa — poiché in pratica i termini saranno in ogni caso scaduti — che il diritto sopravviverà alla perenzione solo in quanto esso possa, per il Tr. Vers., esser fatto valere anche dinanzi ai tribunali nazionali o in quanto il T. a. m. valendosi dei suoi poteri discrezionali (cfr. *oltre*, n. 22) consideri il termine come non ancora scaduto (141).

b) Negli artt. 65 e 66 il Reg. disciplina soltanto la rinuncia all'azione la quale « estingue l'azione e il diritto che s'intendeva far « valere » (*Klageversicht*): non prevede come altri Regolamenti, la rinuncia agli atti del giudizio (art. 69 Bg.: *désistement d'instance* = *Zurücknahme der Klager*), o il riconoscimento dell'azione fatta dal convenuto (art. 63 Fr. *passé-expédient*; art. 63 Bg. *acquiéscement* = *Anerkenntnis*). La rinuncia, che può esser fatta fino all'udienza stabilita per la discussione, deve avere la forma scritta, con sottoscrizione della parte o di un suo mandatario speciale; il Tribunale ne dà atto mediante ordinanza. Dei poteri che in alcuni casi hanno gli Agenti di opporsi alla rinuncia e alla transazione (cfr. la seguente lett. *c*), si è già parlato (*retro*, n. 7, lett. *c*) (142).

---

sospensione *volontaria*, sconosciuta in questa forma al vigente processo italiano, cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 883, nota 2; STEIN, *Grundriss*, § 56. Cfr. anche l'art. 62 della *Proposta* CHIOVENDA (*Relaz.*, § 121) e tutto il § 72 dei *Principii*.

(139) Contraria disposizione in P. 74.

(140) Con questa formula, un po' diversa da quella dell'art. 340 Cod. proc. civ., si è voluto escludere che la parte che intende valersi della perenzione possa farsi attiva per riassumere il processo al solo scopo di far dichiarare la perenzione?

(141) Cfr. Fr. art. 69; Bg. 74; Iu. 62; P. 74. La perenzione non è ammessa in Ingl. Gp. Cs. Cfr. su questo argomento DÖRING, scritto cit., pagg. 660-661.

(142) Cfr. Fr. 63-69; Bg. 68-69; Iu. 56-57; Cs. 56-57; P. 68-69. Cfr. anche Ingl. 37.

c) Regole consimili stabilisce l'art. 67 per la transazione della lite (143).

d) Il modo normale con cui il processo finisce è la sentenza, la quale, dopo l'udienza pubblica, è deliberata in segreto in camera di consiglio, esclusi anche gli Agenti (art. 59). Il tribunale quando delibera dev'essere al completo; la deliberazione è presa a maggioranza di voti (art. 59). La sentenza deve avere la forma stabilita dall'art. 60, ed esser sottoscritta da tutt'e tre i membri del Tribunale (144).

18. — Gli artt. 70-75, ai quali debbo per brevità solamente accennare, danno al T. a. m. facoltà di emettere, in qualunque stato della procedura e anche prima della presentazione della istanza, « provvedimenti di conservazione su domanda delle parti interessate o degli Agenti » (145). Poiché il Reg. non specifica, come fanno gli artt. 921 e 924 del nostro Cod. proc. civ., quali sono le condizioni sostanziali necessarie per la concessione di tali provvedimenti, si deve ritenere che spetti al potere discrezionale del T. a. m., accertare di volta in volta se tale concessione è in concreto necessaria o opportuna (146); il Reg. si limita a dire in che cosa tali provvedimenti possono consistere (art. 70: *a*) sequestro di beni mobili o di crediti; *b*) nomina di un custode o di un amministratore).

La concessione del provvedimento conservativo è preceduta, nei casi normali, da un procedimento in contraddittorio, dopo il quale il Tribunale, sentite le ragioni del richiedente e della controparte, provvede con ordinanza; ma eccezionalmente « il Tribunale, o in casi di assoluta e giustificata urgenza, il presidente, può provvedere con decreto senza necessità di contraddittorio » (art. 72). Contro questo decreto la parte interessata può reclamare al Tribunale, nei modi e cogli effetti stabiliti dall'art. 73. Il Tribunale ha facoltà di imporre alla parte che richiede la misura conservativa, o a quella che reclama contro il decreto che l'ha concessa, la prestazione di una cauzione

---

(143) Cfr. Fr. 62; Bg. 68; Iu. 56; Cs. 56; P. 68. A differenza di tutti gli altri Regolamenti, il Gp. art. 38 dà espressamente facoltà al T. a. m. di tentare la conciliazione; notevole è negli artt. 33 e 34 dello stesso Regolamento, la facoltà data al T. a. m. di consigliar le parti a rimetter la decisione della lite a un arbitro, il cui lodo, depositato presso il Tribunale, ha la stessa efficacia di una sentenza del Trib. medesimo. Anche il Tr. Vers. nel caso regolato dall'art. 297 *e*, ammette che il T. a. m. rimetta le parti dinanzi a un arbitro.

(144) Altri Regolamenti, pur richiedendo che la sentenza sia deliberata colla presenza di tutt'e tre i giudici, si contentano ch'essa sia sottoscritta da due di essi (Fr. 72; Bg. 64; P. 63) o anche dal solo presidente (Iu. 52).

(145) Cfr. Fr. 31-36; Bg. 45-47; Iu. 32-33; Cs. 32-33; P. 44-46.

(146) Così espressamente Fr. (art. 31 « ... *toute mesure conservatoire qui lui parait équitable et nécessaire pour garantir les droits des parties* »); Bg. 45; ecc.

(art. 71; art. 73, I[a] parte). Gli artt. 74-75 regolano la opposizione contro il provvedimento conservativo proposta da un terzo che si ritenga leso nei suoi diritti (147).

19. — Numerose sono, in questo Regolamento, le disposizioni relative alle spese di giudizio; mi limito, anche qui, ad un semplice cenno.

Già si è veduto (*retro*, n. 10) come sia condizioni di ammissibilità della domanda il deposito preventivo di una *cautio pro expensis*, nella misura che sarà fissata dal presidente tra le lire 100 e le lire 5.000 (art. 14) (148). Tale deposito costituisce una anticipazione di quel « contributo alle spese del Tribunale », che alla fine del processo è posto a carico della parte soccombente (art. 14 cpv. 4°); e non deve essere confuso con quel diritto del cinque per cento preveduto dal comma 2 del § 20 Alleg. all'art. 296 Tr. Vers., il quale, nel caso in cui una parte reclami contro la decisione congiunta dei due Uffici di verifica e compensazione, ha piuttosto il carattere di una *poena temeritatis*. Il deposito preventivo è richiesto non solo all'attore principale ma anche al convenuto che agisce in riconvenzione e a chi propone domanda di garantia o d'intervento: durante il corso del processo possono esser richiesti depositi suppletivi (art. 14 cpv. 1°; es.: art. 44 cpv.; art. 48 cpv. 1°; art. 49; in genere, art. 79). Per la dispensa dal deposito delle parti indigenti, cfr. art. 15. Gli Agenti, quando intervengono in giudizio nell'interesse dello Stato o di privati connazionali, non sono tenuti a fare un deposito generale preventivo, ma soltanto a fornire di volta in volta alla Segreteria « la somma occorrente per le singole spese da farsi nel loro interesse » (art. 15).

Oltreché il « contributo alle spese del Tribunale » la parte soccombente può essere condannata a pagare alla parte vincente le spese del giudizio da questa incontrate (art. 59 cpv. 1°) (149). Speciali disposizioni in materia di spese si trovano negli artt. 57, 64, 66 (in questo articolo è prevista una condanna del rinunciante, oltreché alle spese, anche ai danni), 67 (150).

---

(147) Cfr. RABEL, scritto cit., pag. 343.

(148) Cfr. Tr. Vers. art. 296, Alleg. § 20; Fr. 97; Bg. 23; Iu. 17; Cs. 18; P. 22.

(149) Cfr. Fr. 50; 71, n. 6; 75; Bg. 63, n. 7; 66; Iu. 51, n. 7; 54; Cs. 51, n. 7; 54 (molto dettagliato); P. 63, n. 7 e 66. Rientrano tra le spese refettibili l'onorario del difensore della parte vincitrice e le spese di viaggio? Cfr. su questa questione: IOHANNES, in *I. W.*, 1921, 131; UPPENKAMP, *ibidem*, 1400; RABEL, *ibidem*, 1922, pag. 341, col. 2[a]. L'art. 73 R. espressamente dispone che in massima gli onorarî pagati dai difensori non rientrano tra le spese a carico della parte soccombente, mentre le spese di viaggio possono esservi comprese. Decisione in tal senso del T. a. m. belga-tedesco cfr. in *Rec.*, I, 507.

(150) Per la liquidazione delle indennità dovute al perito, cfr. art. 48 cpv. ultimo.

20. — In conformità dell'art. 304 lett. g del Tr. Vers. secondo il quale gli Stati contraenti convengono di « *rendre obligatoires pour leurs ressortissants* » le sentenze dei Tribunali misti, l'art. 61 Reg. dispone che il T. a. m. « richiede agli Agenti di provvedere alla esecuzione delle sue decisioni... A questo scopo la segreteria rilascia agli agenti una copia del dispositivo, sottoscritta dal presidente e dai segretarî » (151). Il Reg. non ci dice secondo quali modalità l'Agente, al seguito di tale richiesta, debba provvedere alla esecuzione; e sarebbe desiderabile un chiarimento ufficiale, che precisasse, in relazione al diritto interno, quale posizione assume l'Agente in esplicazione di questo suo ufficio: nel silenzio del Regolamento, pensiamo che la esecuzione debba avvenire secondo le norme del diritto nazionale, e che l'Agente, lungi dall'iniziare d'ufficio la esecuzione come la formula adoprata dall'art. 61 potrebbe far credere, si debba limitare a rilasciare alla parte, che voglia promuovere la esecuzione nelle forme stabilite dal Cod. proc. civ., la copia della sentenza in forma esecutiva (artt. 555-556 Cod. proc. civ.).

Quali rimedî hanno le parti contro le sentenze definitive del T. a. m.? Poiché al di sopra del T. a. m. il Tr. Vers. non ha creato alcun organo giudiziario di seconda istanza, le parti non hanno altra via che quella di tornare dinanzi allo stesso Tribunale che ha emanato la sentenza; e ciò in due casi:

a) *Rettificazione della sentenza* (art. 69) (152): può esser chiesta, entro due mesi dalla notificazione del dispositivo, allo scopo di ottenere « la correzione di errori materiali o di calcolo incorsi nella sentenza, e l'interpretazione o il completamento del dispositivo, ove questo sia oscuro o incompleto ». È, in sostanza, la correzione prevista dall'art. 473 Cod. proc. civ., ma con maggior larghezza d'applicazione, secondo l'esempio dato da altre legislazioni (153).

b) *Revisione della sentenza* (art. 68): può esser chiesta, entro due anni dalla notificazione del dispositivo, « in seguito alla scoperta di un fatto nuovo che, ove fosse stato noto al momento della decisione, avrebbe potuto influire in modo decisivo sul giudizio emesso » (154). La domanda di revisione non ha effetto sospensivo; ma il Tribunale può ordinare la sospensione « ove concorrano gravi

---

(151) Cfr. Fr. 76; Bg. 67; Iu. 55; Cs. 55; P. 67.

(152) Cfr. Fr. 78; Ingl. 40; Bg. 75; Iu. 63; Cs. 62; P. 75.

(153) Cfr. la mia *Cassazione*, Vol. II, n. 91 e note.

(154) Cfr. Fr. 79-82 (nell'art. 79 è espressamente avvertito che il fatto nuovo doveva essere, al momento della chiusura del dibattimento, sconosciuto non solo al Tribunale, ma anche alla parte che domanda la revisione); Bg. 76; Iu. 64; Cs. 63; P. 76.

motivi ». Il procedimento cui essa dà luogo si scinde in un *judicium rescindens* (in cui il Trib. esamina « se si debba o no ammettere la revisione ») e in un *j. rescissorium* (riapertura della trattazione sul merito). L'affinità colla nostra rivocazione *ex* art. 494 n. 3 è evidente; ma questa revisione ammessa dal Reg. ha, come appare dal semplice confronto dei due articoli, presupposti assai meno rigorosi.

All'infuori dei casi suesposti, il Reg. non dà alcun rimedio né contro gli *errores in judicando* né contro gli *errores in procedendo*, da cui la sentenza del T. a. m. possa esser viziata. Ma mentre è necessario ritenere, non essendovi possibilità di una ulteriore istanza, che contro gli errori di giudizio (di diritto o di fatto), in cui il T. a. m. sia incorso, non possano le parti, se non soccorrono gli artt. 68 e 69, in altro modo tutelarsi, non sarebbe logico negar loro ogni rimedio in quei casi in cui la sentenza sia viziata da tali difetti processuali, che ne producano la nullità assoluta. In tali casi (ad es.: sentenza deliberata dal solo Presidente, anziché dal collegio; sentenza che pronunci *ultra* od *extra petita* (155); ecc.) sembra che le parti possano valersi di una di queste vie: 1°) denunciare all'Agente il motivo di nullità, affinché questi rifiuti di dare esecuzione alla sentenza nulla (ma è assai discutibile se all'Agente, che è organo del T. a. m., si possa riconoscere un potere di controllo sulla regolarità delle sentenze in sede di esecuzione); 2°) eccepire la nullità, in sede di esecuzione, dinanzi al tribunale nazionale competente, o proporre, ugualmente dinanzi al giudice nazionale, un'azione di accertamento di tale nullità (156); non crediamo invece in un siffatto caso, proponibile questa azione di accertamento dinanzi allo stesso T. a. m. che ha pronunciato la sentenza nulla, perché una tale azione di nullità non rientra tra le categorie di azioni che il Tr. Vers. deferisce ai T. a. m., e perché il Reg. non consente ai T. a. m. di tornare sulle proprie decisioni fuor che per i motivi specificati dagli artt. 68 e 69. Ove poi la nullità derivasse da incompetenza o da eccesso di potere, si potrebbe in tal caso impugnare la sentenza del T. a. m. dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di Roma, in base all'art. 3 n. 3 della Legge 31 marzo 1877? A risolvere affermativamente tale questione non potrebbe mai esser d'ostacolo l'art. 2 del Regolamento secondo il quale il T. a. m. « è il solo giudice della propria competenza »: questo articolo, che non trova solido fondamento in alcuna disposizione del

---

(155) Il Reg. fr. espressamente dispone che « *la sentence peut réduire les conclusions des parties, mais elle ne peut ni les augmenter, ni en changer la nature* » (art. 71 cpv. ultimo). Con quale sanzione?

(156) In questo senso ZITELMANN, scritto cit., pag. 3.

Tr. Vers. (157), non ha in pratica, come è stato autorevolmente osservato (158), una efficacia superiore a quella che avrebbe una identica affermazione fatta da un collegio arbitrale in un lodo; e non può quindi far diventare il T. a. m. competente a decidere controversie che il Tr. Vers. non gli deferisce, né attribuisce ad esso, per sola virtù di spontaneo riconoscimento, una *esclusiva* competenza sulla competenza che il Tr. Vers. non gli riconosce. La questione della ammissibilità del ricorso alle Sez. Unite contro le sentenze del T. a. m. dipende dunque unicamente dal decidere se il T. a.m. si possa considerare come una « giurisdizione speciale » interna, ai sensi della Legge 31 marzo 1877 (cfr. il n. seguente).

21. — La definizione della natura giuridica dei T. a. m. e della posizione da essi assunta di fronte al diritto internazionale e di fronte al diritto interno si presenta tutt'altro che facile: e, sebbene a tentare la « costruzione » teorica di questi nuovissimi organi ci possa ormai servire di valida guida la conoscenza, acquisita nelle pagine che precedono, del loro pratico funzionamento, noi dobbiamo qui limitarci a sfiorare il problema e ad accennare, tra le varie possibili soluzioni di esso, solamente a quella che riteniamo corretta, augurandoci che gli internazionalisti vogliano poi approfondire, con maggior competenza specifica, un argomento così interessante.

A intendere la natura giuridica dei T. a. m. istituiti dal Tr. Vers., possono darci lume le polemiche che si sono dibattute tra i cultori del diritto internazionale intorno alla natura giuridica della Corte internazionale delle prede, istituita dalla seconda Conferenza dell'Aia (159); questa Corte rappresenta infatti il precedente più notevole dei T. a. m. (160); non soltanto perché essa nasceva allora, come nascono oggi i T. a. m., quale organo *permanente* destinato a decidere contro-

---

(157) L'art. 304, lett. g, Tr. Vers. si limita a dire che gli Stati contraenti « convengono di considerare le decisioni del T. a. m. come definitive »; ma non nega con ciò agli stessi Stati, né esplicitamente né implicitamente, il potere di controllare che i T. a. m. non giudichino all'infuori dei casi deferiti loro dal Tr. Vers.

(158) ZITELMANN, scritto cit., pag. 3; RABEL, scritto cit., pag. 344. Sulla possibilità di conflitti di giurisdizione tra T. a. m. e tribunali nazionali, cfr. PALOMBO, scritto cit., n. 16.

(159) Il testo della Convenzione 19 ottobre 1907 relativa alla istituzione di questa Corte trovasi riportato nella *Riv. dir. int.*, vol. II, pag. 457 e segg. Per la letteratura su questo argomento, cfr. CAVAGLIERI, *La natura giuridica della Corte internazionale delle prede*, nella stessa *Riv.*, VII (1913), pagg. 121 e 301; SALVIOLI, *La natura giuridica della C. int. d. pr.*, Roma, 1914 e gli autori ivi citati.

(160) Cfr. SCHÄTZEL, in *D. I. Z.*, 1921, 423.

versie tra Stati, ma soprattutto perché essa fin da allora offriva alla attenzione degli studiosi il fenomeno tipico di un tribunale apparentemente internazionale, il quale poteva in certi casi (come i T. a. m. possono nella massima parte dei casi) decidere controversie relative a diritti individuali, contrariamente al principio che l'individuo non è mai soggetto di diritto internazionale (161). Senza neppur tentare di riassumere le varie opinioni espresse dagli studiosi sulla natura della Corte internazionale delle prede, ci crediamo tuttavia autorizzati, applicando ai T. a. m. le argomentazioni che già troviamo formulate a proposito della Corte suddetta (162), a respingere subito la opinione, manifestata ultimamente da qualche scrittore tedesco (163), che i T. a. m. siano tribunali superstatuali (*ubernationale Gerichtshöfe*), organi, cioè, della consociazione internazionale degli Stati, della quale la loro giurisdizione sarebbe immediata emanazione, superiore e indipendente da quella dei singoli Stati consociati. In realtà ci sembra che la natura giuridica dei T. a. m. non possa esser correttamente intesa, se non tenendo presente la loro origine puramente convenzionale; ma crediamo altresì, uniformandoci in questo agli insegnamenti dell'ANZILOTTI (164), che la loro posizione non possa essere esattamente chiara se non quando si consideri in essi un duplice aspetto, quello che essi assumono di fronte agli Stati contraenti, e quello diverso che assumono di fronte ai sudditi di questi Stati.

Di fronte agli Stati firmatarî del Tr. Vers., i T. a. m. hanno il carattere di veri e proprî collegi arbitrali, i quali da nessuna altra fonte fuor che dall'accordo degli Stati medesimi derivano il potere di decidere le controversie ad essi convenzionalmente deferite. L'origine meramente contrattuale dei T. a. m. appare chiarissima dagli artt. 296 Alleg. § 24 e 304 *g* del Tr. Vers. (« *Les Hautes Parties Contractantes conviennent de considérer les décisions du T. a. m. comme définitives...* ») i quali si possono considerare come contenenti una clausola compromissoria, con cui gli Stati si sono obbligati a compromettere le controversie eventualmente nascenti dall'applicazione di alcune disposizioni del Trattato di pace (Parte X, *Clauses économiques*) (165). Che i T. a. m. non siano emanazione di una comunità internazionale superiore ai singoli Stati, viene altresì chiara-

---

(161) Cfr. SALVIOLI, scritto cit., pag. 9 e segg.

(162) Cfr. CAVAGLIERI, scritto cit., nn. 4-6, pagg. 130-145.

(163) SCHAUER, in *D. I. Z.*, 1920, 427; e in *I. W.*, 1921, 520. In questo senso anche ZITELMANN, scritto cit., pag. 6.

(164) *Corso di diritto internazionale*, vol. I, pag. 157.

(165) Cfr. l'art. 9 della Conv. 19 ottobre 1907 e le osservazioni su di esso di CAVAGLIERI, scritto cit., pag. 135 e segg.

mente confermato, se pur ce ne fosse bisogno, dal fatto che alla costituzione di ciascuno di questi collegi arbitrali non intervengono tutti quanti gli Stati firmatarî del Tr., ma solamente i due Stati interessati nelle controversie deferite in concreto al singolo T. a. m.: cosiché, mentre la clausola compromissoria contenuta nell'art. 304 lett. 8 ha carattere generale, i varî compromessi, che di questa clausola sono la concreta attuazione, sono posti in essere da ciascuna coppia di Stati interessati mediante una convenzione speciale e limitata ad essi (tale convenzione fu conclusa fra Italia e Germania il 5 dicembre 1921, quando, in esecuzione dell'art. 304 Tr. Vers., fu appunto istituito il T. a. m. italo-germanico). Ciascun T. a. m. deriva dunque i suoi poteri unicamente dalla concorde volontà dei due Stati che, in esecuzione di un loro obbligo internazionale, gli hanno dato vita; e alla sua natura schiettamente arbitrale non si oppone il fatto che esso abbia carattere permanente: non solo perché, come già fu dimostrato per la Corte internazionale delle prede, la permanenza del collegio arbitrale non altera l'indole convenzionale della sua origine (166), ma anche perché, per quanto riguarda in particolare i T. a. m., la loro permanenza è in realtà limitata a quel periodo di tempo entro il quale dovranno essere risolute tutte le controversie derivanti dalla applicazione di determinate disposizioni del Tr. di Pace (167).

La natura schiettamente arbitrale dei T. a. m. (confermata, del resto, dalla loro stessa denominazione) è chiara e indiscutibile tutte le volte in cui nelle controversie deferite ai T. a. m. siano parti gli stessi Stati che hanno concluso il compromesso: il problema invece si complica quando in tali controversie siano parti, non già gli Stati, ma, come di fatto avviene nella massima parte dei casi, i cittadini dei medesimi, di fronte ai quali il T. a. m. non ha certo carattere convenzionale, perché la loro volontà non ha concorso in alcun modo alla costituzione del collegio e alla scelta dei suoi componenti e perché essi non sono liberi di preferire in ogni caso a questo speciale organo giudicante i tribunali ordinarî interni. Per intendere la posizione giuridica che il T. a. m. assume di fronte ai privati, bisogna ricordare che secondo il Tr. Vers. gli Stati contraenti hanno assunto l'obbligo internazionale non solo di considerare come definitive le sentenze dei T. a. m., ma anche di « *les rendre obligatoires pour leurs ressortissants* » (art. 296, Alleg. § 24; art. 304 lett. *g*); e che in alcuni casi gli Stati contraenti si sono altresì reciprocamente impegnati a vietare ai proprî sudditi il ricorso ai tribunali ordinarî interni in certe

(166) CAVAGLIERI, scritto cit., pag. 147 e segg.
(167) Cfr. ZITELMANN, scritto cit., pag. 3.

materie regolate dal Trattato di Pace (art. 296, Alleg. § 3). Orbene: quando gli Stati, in adempimento di questo dovere internazionale, hanno mediante la pubblicazione del Trattato e degli accordi diretti a dar vita in concreto ai singoli T. a. m. (168), ordinato ai loro sudditi di rivolgersi per la tutela di certi loro diritti individuali ai T. a. m. invece che ai tribunali ordinarî interni, ogni T. a. m. ha assunto da questo momento di fronte ai sudditi di carattere di un organo giudiziario interno, derivante ogni suo potere non già da un accordo internazionale, che non può vincolare i privati, ma dalla volontà dello Stato che lo ha, per così dire, « nazionalizzato » (169). I T. a. m. non sono dunque, di fronte ai sudditi, organi internazionali, nel senso ch'essi siano emanazione di un potere sovrano superstatuale: essi sono semplicemente *organi interni comuni* (anche questo è confermato dalla loro denominazione) *ai due Stati* che, in esecuzione di un dovere internazionale, li hanno di volta in volta concretamente istituiti. Il T. a. m. italo-germanico dev'essere dunque considerato come un tribunale interno comune all'Italia e alla Germania; in seguito alla pubblicazione fatta nei rispettivi Stati dai governi italiano e germanico, del Tr. di Pace e del Reg. di procedura del T. a. m., questo funziona come tribunale italiano di fronte agli Italiani, come tribunale tedesco di fronte ai Tedeschi. Esso, è per così dire, un tribunale *anfibio* che vive per metà nell'ordinamento giudiziario italiano e per metà nell'ordinamento giudiziario tedesco: una specie di *stazione di confine*, costruita sulla linea divisoria dei due ordinamenti e mostrarne i colori italiani all'Italia e i colori tedeschi alla Germania.

A questo modo di concepire la natura del T. a. m. non si può opporre neppure l'argomento che il Cavaglieri, studiando la natura giuridica della Corte internazionale delle prede, desumeva dalla mancanza di essa di ogni potere di impero e di coercizione (170): il T. a. m., infatti, a differenza della Corte internazionale delle prede (171) è fornito di verî e proprî poteri giurisdizionali, e non ha bisogno di chiedere caso per caso il consenso dei due Stati di cui è organo, per esplicare nel loro territorio le attribuzioni processuali che gli son deferite (notificazioni di atti, art. 7; citazioni dei testi, art. 45; richieste

---

(168) Sulla natura e sugli effetti della pubblicazione nello Stato dei trattati internazionali, cfr. Anzilotti, *Il dir. int. nei giudizî interni* (Bologna, 1905), pag. 109 e segg.

(169) Cfr. Anzilotti, *Corso*, cit., pag. 157; *Il dir. int. nei giudizî interni*, pagg. 83, 91-96; Cavaglieri, scritto cit., n. 12; Salvioli, scritto cit., pagg. 11-13.

(170) Scritto cit., pag. 327 e segg.

(171) *Ibidem*, pag. 139 e segg. Cfr. gli artt. 27 e 36 della Convenzione 19 ottobre 1907.

indirizzate *direttamente* (172) agli organi giudiziarî italiani o tedeschi, art. 51 ecc.), poiché ciascuno di questi due Stati è presente nel T. a. m. attraverso la persona del rispettivo Agente, il quale, come già si disse, tra le sue varie attribuzioni ha appunto quella di far da organo di collegamento fra il Tribunale e lo Stato. La presenza contemporanea nel Tribunale dei due Agenti, per mezzo dei quali esso può esplicare nel territorio dei rispettivi Stati misure processuali coercitive (art. 7; art. 45 già citati) e far eseguire forzatamente le proprie sentenze (art. 62), è il simbolo della contemporanea presenza nel Tribunale di due giurisdizioni nazionali: questi organi ausiliari del T. a. m., felice e ingegnosa creazione del Tr. Vers. e dei varî Regolamenti processuali, sono per dir così la prova vivente della doppia sovranità cumulata in un collegio giudicante materialmente unico, il quale cambia nazionalità secondo che parla ai sudditi italiani per mezzo dell'Agente italiano, o ai sudditi germanici per mezzo dell'Agente tedesco.

Da tutte le suesposte considerazioni possiamo dunque concludere che il T. a. m. italo-germanico, quantunque istituito in esecuzione di un accordo internazionale, ha nell'ordinamento giudiziario italiano la natura e la posizione di una vera e propria *giurisdizione speciale interna.*

22. — Precisata così la natura dei T. a. m., non crediamo che debbano essere interpretate oltre il loro vero significato quelle disposizioni del Tr. Vers. e dei successivi Regolamenti processuali che sembrano attribuire ai T. a. m., accanto alla funzione più strettamente giurisdizionale, una funzione di vera e propria creazione del diritto.

Qui è necessario distinguere varie ipotesi; e considerare separatamente i poteri che competono al T. a. m.: *a*) in relazione alle norme di diritto (processuale) secondo le quali deve svolgersi il procedimento dinanzi a loro; *b*) in relazione alle norme di diritto (sostanziale) che i Tribunali devono applicare per decidere le controversie ad essi deferite:

a) Per ciò che si riferisce alle norme di diritto processuale, questi T. a. m. presentano il fenomeno, nuovo nel nostro attuale ordinamento se non nella storia (173), di organi giudiziarî i quali formulano

---

(172) Cfr. Tr. Vers. art. 304, *f*: « *Les H. P. s'engagent à ce que leurs Tribunaux et autorités prêtent* DIRECTEMENT *aux. T. a. m. toute l'aide qui sera en leur pouvoir*, ecc. ». Secondo R. 46, il T. a. m. può condannare a un'ammenda i testimoni che non si presentino, ed anche ordinarne il trasferimento colla forza.

(173) Si pensi a varî *riti* e *stylus* processuali formulati dai tribunali nell'età intermedia, agli *arrêts de règlement* dei Parlamenti francesi, ecc.

in modo generale ed astratto per tutti i casi futuri la legge secondo la quale essi stessi dovranno procedere: in esplicazione dell'art. 304 lett. *d* del Tr. Vers., secondo il quale ogni T. a. m. « *établira lui-même sa procédure* » (cfr. anche Alleg. 3 allo stesso articolo) il Regolamento di procedura del T. a. m. italo-germanico, come quelli precedenti di tutti gli altri T. a. m., è stato interamente redatto dallo stesso Tribunale, il quale, appena costituito, ha dovuto dedicarsi, prima che al suo ufficio di giudice, a un'opera preliminare di legislatore. L'importanza di questo fenomeno non deve essere però esagerata fino al punto di vedere in questi Regolamenti formulati dai Tribunali a. m. vere e proprie fonti di diritto internazionale indipendenti dalla volontà degli Stati nel cui territorio essi hanno vigore (174). In realtà questi Regolamenti, in quanto si rivolgono ai privati che ricorrono ai T. a. m., non sono norme di diritto internazionale; e la loro efficacia obbligatoria di fronte ai sudditi deriva unicamente dalla volontà dello Stato al quale questi appartengono. Quando, in occasione del Tr. Vers., gli Stati contraenti si sono trovati dinanzi al non facile problema di stabilire d'accordo la procedura dei T. a. m., hanno ritenuto che fosse migliore partito delegare a ciascun Tribunale l'ufficio di formulare da sé il proprio Regolamento, e con questo essi hanno affidato ai costituendi T. a. m. una funzione che possiam dire di *arbitratores*, consistente nel concretare in un momento successivo il contenuto di un accordo già firmato in bianco dagli Stati stessi; sicché a ciascuna coppia di Stati non è restato poi altro da fare, quando il rispettivo T. a. m. ha presentato loro, in esecuzione di tale incarico, il proprio Regolamento processuale già pronto e completo, che trasformare questa proposta in legge interna, rendendola obbligatoria, conformemente all'obbligo internazionale assunto, di fronte ai proprî sudditi (cfr. art. 83 Reg.). Questi Regolamenti di procedura dei T. a. m. non costituiscono dunque, di fronte ai sudditi norme di diritto internazionale, ma soltanto *norme di diritto interno comuni ai due Stati* (175).

Sono conseguenze di questo speciale ufficio affidato ai T. a. m. dal Tr. Vers.:

---

(174) Così SCHÄTZEL, in *D. I. Z.*, 1921, pag. 243: « Qui è demandata per la prima volta in ampia misura a un organo internazionale la facoltà di creare diritto in modo indipendente. Finora ogni diritto internazionale si basava sull'accordo contrattuale tacito o espresso degli Stati: qui appare una nuova fonte creatrice: organi internazionali creati dagli Stati mediante libera determinazione di volontà, creano norme giuridiche e parlano per imperativi secondo il modello del legislatore nazionale. Questa è la grande importanza teorica dei Regolamenti di procedura ».

(175) Sui diritti uniformi o comuni a più Stati, cfr. ANZILOTTI, *Il dir. int.*, cit., pag. 43 e pag. 53.

α) la facoltà, che l'art. 82 Reg. riserva al T. a. m. « di modificare e completare il presente Regolamento » (176) mediante deliberazione di nuove norme generali ed astratte, da valere per tutti i casi futuri, previa pubblicazione nei due Stati fatta dai rispettivi Governi (arg. art. 83);

β) La facoltà, che altri Regolamenti espressamente riconoscono al T. a. m. (177), ma che non può essere logicamente negata neanche al T. a. m. italo-germanico, quantunque il nostro Reg. ne taccia, di risolvere secondo equità (178) con decisione limitata al caso singolo (salvo poi trasformare la decisione in deliberazione di massima per i casi futuri, come si è visto *sub* α) tutte le questioni di procedura per le quali il T. a. m. non trovi norma sufficiente né nel Reg., né nel Tr. Vers.;

γ) Non crediamo invece che, nel silenzio del Reg., si possa riconoscere al T. a. m. italo-tedesco la facoltà, espressamente riconosciuta dal Regolamento franco-tedesco e da altri (179) di « *déroger aux regles fixées par le présent règlement lorsqu'il estime que dans les circostances spéciales de la cause cela est équitable ou necessaire pour la connaissance complète et l'appréciation exacte des faits* ». La ragione per la quale il nostro Regolamento tace di questa facoltà è da ricercarsi, secondo il RABEL (180), nella maggior precisione e completezza dei suoi articoli, le quali fanno sperare ch'esso possa fare a meno di quei continui ritocchi di cui i Regolamenti precedenti, dato il loro stile schematico e approssimativo, hanno bisogno. Salvi, perciò, alcuni casi singolarmente previsti, in cui è espressamente riconosciuta anche al T. a. m. italo-germanico la facoltà di derogare, in materia di termini, alle norme del Regolamento (181), il T. a. m. non potrebbe,

---

(176) Cfr. Ingl. 45; Bg. 79; Iu. 66; Cs. 65; P. 78. La Corte int. delle prede aveva soltanto la facoltà di proporre agli Stati le modificazioni da apportare al proprio Reg. di procedura (Conv. 19 ottobre 1907, art. 50).

(177) Fr. art. 99: « *pour tous les cas qui ne sont prévus ni dans le Traité ni dans le présent règlement le Tribunal s'inspirera des principes de justice et et d'equité* ». Cfr. Gp. 45; S. 99; R. 81.

(178) Cioè secondo gli stessi criterî che il T. a. m. avrebbe seguito se, al momento della compilazione del Regolamento, avesse previsto il caso e lo avesse regolato con una norma generale: sempre poi, s'intende, in relazione alle disposizioni processuali contenute nel Tr. Vers.: cfr. Reg. 81; e Ingl. 46; Bg. 77.

(179) Fr. 98; conformi: S. 94; Ingl. 45; Bg. 78; Iu. 65; Cs. 64; P. 77; R. 80. Cfr. anche l'art. 7 cpv. ultimo della Conv. 19 ottobre 1907 sulla Corte int. pred.

(180) Scritto cit., pag. 341.

(181) Art. 22 cpv. « ... il Tribunale, ove ritenga giustificato il ritardo da forza maggiore o da gravi circostanze speciali può ammettere istanze tardive » (Cfr. 25 cpv.; 27 cpv.). Molto più ampî sono i poteri dati ai T. a. m. in materia di termini dagli altri Regolamenti: cfr. Fr. 5; Ing. *rule* 1, *d* cpv. e 45; Bg. 22; Gp. 2; Iu. 16; Cs. 17; P. 18 e 21; R. 4.

in mancanza di una espressa disposizione che a ciò lo autorizzi in via generale, sottrarsi in corso di lite, con decisione limitata al caso singolo, alla efficacia vincolante delle norme processuali da esso precedentemente poste: non lo potrebbe, perché qualsiasi deroga al Regolamento, al quale i due Stati hanno dato, mediante la pubblicazione, il carattere di una legge interna (cfr. *retro*, in questo numero, *sub a*) dovrebbe per essere valida di fronte ai sudditi, essere consentita dagli Stati medesimi.

b) A difficili e interessanti problemi dà luogo la istituzione dei T. a. m. quando si tratti di stabilire i loro poteri in relazione alle norme di dir. sostanziale che essi debbono applicare *in judicando*. La fonte di diritto alla quale i T. a. m. debbono in prima linea inspirarsi nei loro giudizî, è il Trattato di Pace (182); ma le disposizioni contenute nella Parte X di questo Trattato (che, in quanto si riferiscano a diritti individuali, sono da considerarsi anch'esse, in seguito alla pubblicazione del Trattato nei varî Stati, come *norme di diritto interno comune a questi Stati*) (183) non sempre bastano esse sole ad esaurire i giudizî sottoposti ai T. a. m., i quali — come in frequenti casi, per decidere se alcuna di esse sia applicabile al caso concreto, dovranno pregiudizialmente risolvere problemi di dir. internazionale (184) — così dovranno altre volte integrare queste disposizioni del Trattato con disposizioni tratte dal diritto privato nazionale applicabile al rapporto controverso. Ma quale sarà, in tali casi, il diritto nazionale applicabile in una controversia vertente tra due cittadini appartenenti a due diversi Stati? (185). Quando un problema simile si presenta al giudice nazionale, esso non deve far altro che cercare nella propria legislazione quelle norme di diritto interno (norme *di applicazione* o *di collisione*) le quali stabiliscono quale diritto sostanziale lo Stato vuole che sia applicato nelle varie categorie di possibili rapporti

---

(182) Cfr. ZWEHL, scritto cit., in *I. W.*, 1922, 339, ZITELMANN, scritto cit., pagg. 4-5, dove si accenna anche ai criteri che i T. a. m. devono seguire nella interpretazione delle clausole dubbie del Tr. Vers.

(183) Cfr. anche qui ANZILOTTI, *Il dir. internaz. nei giudizî interni*, pag. 53 e segg.

(184) Ad esempio per applicare l'art. 299 Tr. Vers. e decidere se in un caso concreto un contratto debba considerarsi annullato (questione di dir. privato, regolata da una norma interna comune a più Stati), il T. a. m. dovrà preliminarmente decidere se e quando i due contraenti siano divenuti *nemici* (questione di dir. internazionale). Cfr. ANZILOTTI, *op. cit.*, cap. III.

(185) Cfr. SCHÄTZEL, in *D. I. Z.*, 1921, pag. 243; SCHAUER, *Zur Frage der Anwendung des internationalen Privatrechts durch die Ausgleichsämter und die gem Sch. G. H.*, in *D. I. Z.*, 1920, pag. 425; e *Die Workriesverträge*, ecc., in *I. W.*, 1921, 520; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Die Vorkriegsverträge und das internationale Privatrecht*, in *I. W.*, 1921, 133; ZITELMANN, scritto cit., pagg. 5-7.

giuridici vertenti tra nazionali e stranieri; né deve in alcun modo curarsi se nella legislazione dello Stato al quale appartiene il litigante straniero vige una *norma di applicazione* che contraddice a quella nazionale (186). Ma il T. a. m., il quale è un organo comune a due Stati, e non può quindi, come il giudice nazionale, riferirsi unicamente alla legislazione interna di uno Stato, quale norma dovrà applicare, quando nelle legislazioni dei due Stati, di cui è contemporaneamente organo, troverà norme d'applicazione diverse e contraddittorie? (187).

È chiaro che in simili casi il T. a. m. (il quale, ove trovasse nelle legislazioni interne dei due Stati di cui è organo, una norma di applicazione comune, dovrebbe per forza, a nostro avviso, uniformarsi ad essa) si trova di fronte a una vera e propria lacuna (188), che non può esser colmata se non riconoscendogli il potere di risolvere la questione secondo i criterî che esso Tribunale adotterebbe ove fosse chiamato come legislatore internazionale a formulare un sistema di principî relativi alla competenza legislativa e giudiziaria dei varî Stati. Può darsi che il T. a. m. trovi alcuni di questi principî già formulati nel diritto internazionale, al di sopra e al di fuori delle legislazioni interne dei varî Stati (189); ma ove questi principî non esistano, spetterà al T. a. m. formulare direttamente in base alla *equità naturale*,

---

(186) Cfr. ANZILOTTI, *Il dir. intern.*, cit., pag. 154; cfr. per l'ultimo FERRARA, *Trattato*, I, pag. 290, il quale, nelle pagg. 282-288, riassume lucidamente gli ultimi resultati cui la dottrina è giunta intorno alla natura giuridica delle cosiddette norme « di diritto internazionale privato »: cfr. ivi la letteratura sull'argomento.

(187) Ad es. può darsi che un T. a. m. dovendo risolvere una questione in materia contrattuale in base all'art. 299 Tr. Vers., si trovi a dover stabilire quali erano in origine, indipendentemente dalla guerra e dal Tr. di Pace, gli effetti di un contratto concluso nel territorio di uno Stato, ma da eseguirsi nel territorio di un altro Stato. Se nelle due legislazioni interne dei due Stati di cui il T. a. m. è organo vigono norme di applicazione conformi (ad es. la norma che gli effetti del contratto si regolano secondo la legge del luogo in cui è stato concluso), il T. a. m. troverà facilmente la legge da applicare al caso concreto; ma se, mentre in una delle legislazioni vige tale norma, nell'altra vige invece il principio che gli effetti del contratto si regolano secondo la legge del luogo in cui esso deve essere eseguito, quale legge il T. a. m. dovrà applicare? Cfr. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, scritto prec. citato, e SCHAUER, in *I. W.*, 1921, 520.

(188) Cfr. per un caso che può aver qualche analogia con questo, ZITELMANN, *Lücken im Recht* (Leipzig, 1903), pag. 29 e su questo DONATI D., *Il problema delle lacune*, pag. 121 e segg.; gli argomenti addotti dal DONATI per dimostrare che neppur in quel caso esiste una lacuna, potendo il giudice, come *ultima ratio*, applicare l'ordinamento nazionale, non valgono però per il caso nostro, perché il T. a. m. non ha un *unico* ordinamento giuridico nazionale da applicare!

(189) Cfr. ANZILOTTI, *Il dir. internaz.*, cit., pag. 141 e pag. 154, nota 1.

la quale diventa qui (con un fenomeno perfettamente identico a quello che si verifica per le cosiddette giurisdizioni di equità nell'ordinamento giuridico interno) (190) fonte non solo materiale ma formale di diritto (191). Nessuna norma del Tr. Vers. dà espressamente ai T. a. m. il potere di decidere secondo equità le questioni nascenti dal conflitto tra norme di applicazione vigenti in varie legislazioni nazionali; ma il riconoscimento di questo potere, esplicitamente consacrato nell'art. 99 del Reg. fr. (192), è una conseguenza logica della stessa istituzione dei T. a. m., i quali, senza di esso, si troverebbero nella impossibilità di funzionare proprio in quei casi in cui, nel conflitto tra le varie legislazioni nazionali, la necessità di una decisione imparziale si fa più urgentemente sentire (193).

23. — Ritornando ormai, dopo avere accennato di scorcio ad alcuno tra i molti problemi di diritto internazionale pubblico e privato cui la istituzione di questi T. a. m. dà luogo, al Regolamento processuale del T. a. m. italo-germanico, si deve concludendo riconoscere che esso (il quale, per le ragioni precedentemente spiegate, fa parte del diritto processuale *interno*) rappresenta, di fronte al vigente Codice di procedura civile, un notevole passo in avanti verso quei principî scientifici ai quali ci auguriamo di veder presto inspirata, nella tanto auspicata

---

(190) Cfr. il mio scritto *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Studi*, vol. II.

(191) Cfr. DIENA, *Principii*, 2ª ed., pag. 18. Sui criterî che questi T. a. m. devono seguire nel formulare queste norme di applicazione, e sulla grande importanza di questa loro funzione, cfr. ZITELMANN, scritto cit., pagg. 6-7. Si intende che i T. a. m., anche quando formulano secondo equità queste nuove norme che servono da premesse maggiori per le loro decisioni, non esercitano una vera e propria funzione legislativa, perché queste norme da essi formulate non hanno efficacia vincolante per i casi simili futuri: questa osservazione vale anche per quei casi in cui i T. a. m. sono chiamati a decidere questioni di massima nei conflitti tra i due Uffici di verifica e compensazione (cfr. decr. 20 marzo 1922 in *Rec.*, pag. 919 e segg.), nulla vietando che i T. a. m. possano poi, in una decisione di specie, cambiare la propria interpretazione, meramente *giurisprudenziale*.

(192) Ho già ricordato questa disposizione retro, *sub* α β, a proposito dei poteri che il T. a. m. ha di risolvere secondo equità le questioni di dir. processuale non risolte dal Reg.; ma questo art. 99 si estende anche, come giustamente nota il MENDELSSOHN-BARTHOLDY alle questioni di dir. sostanziale.

(193) Anche la Convenzione 19 ottobre 1907 dava alla Corte internazionale delle prede la facoltà di decidere, in mancanza d'altre norme « *d'aprés les principes généraux de la justice et de l'équité* »: cfr. su questa disposizione (art. 7), CAVAGLIERI, scritto cit., pagg. 144-145. Cfr. anche sulla funzione dell'equità nei giudizi tra sudditi di Stati diversi, WERTHEIMER, *Eine internationale Schiedsgerichtorganisation*, in *I. W.*, 1921, pag. 723.

generale riforma, tutta intera la legislazione processuale italiana. Non voglio dire con ciò, intendiamoci bene, che questo Regolamento costituisca un modello insuperabile di legge processuale: appunti in inesattezza o di oscurità potrebbero agevolmente esser rivolti a numerose disposizioni isolatamente considerate, e soprattutto si presterebbe a criticare la forma, di sapore assai più burocratico che scientifico (194), in cui esse sono redatte, non senza frequenti improprietà di terminologia giuridica che sarebbe stato opportuno e facile evitare (195). Ma si tratta di piccoli difetti di dettaglio, i quali non tolgono al Regolametno il pregio fondamentale di essere inspirato a quei principî, prevalenti nelle legislazioni processuali austriaca e germanica, che affrancando il giudice da quell'atteggiamento di forzata passività a cui il processo oggi vigente in Italia lo condanna, gli fanno assumere nel giudizio una parte direttiva e lo mettono in grado di muoversi senza remore per ottenere la più celere decisione della lite e insieme il più sicuro accertamento della verità. Certo, non si può dire che in questo Regolamento il sistema della oralità sia rigorosamente rispettato in tutte le sue logiche conseguenze (ciò deriva, probabilmente, da ragioni di opportunità desunte dalla speciale funzione dei T. a. m. e dalla lontananza dei litiganti; ma pure esso costituisce una prova eloquente del cammino che i principî del processo orale hanno fatto anche in Italia, se proprio della *Proposta di riforma* formulata dal più illustre banditore di tali principî questo Regolamento ha voluto riprodurre quasi testualmente (e talora, senza volere, guastandole!) numerose disposizioni (es. artt. 20, 40, 41 ecc.).

Anche in confronto ai precedenti Regolamenti processuali degli altri T. a. m., questo Regolamento costituisce indubbiamente un miglioramento: soprattutto per la maggiore completezza delle sue disposizioni, e per la cautela che esso dimostra nel non lasciarsi trascinare da quella tendenza, largamente seguita da altri Regolamenti, la quale, per orrore del « formalismo », cade nell'eccesso opposto di credere che la salute del processo stia nel dare al giudice il pericoloso arbitrio di sottrarsi in ogni caso, per ragioni di equità, alle norme proces-

---

(194) Cfr. RABEL, scritto cit., pag. 341.

(195) Alcuni appunti di questa natura ho avuto occasione di fare nel corso di questa trattazione. Posso aggiungere qui che in alcune disposizioni sono sfuggiti, certo per svista di trascrizione, veri e proprî errori di ortografia, consacrati ormai nel testo ufficiale: così nell'art. 21 lett. *f* è detto « ... dal giorno in cui la parte abbia avuto conoscenza... del fatto che i suoi beni non *gli* saranno restituiti »; e nell'art. 79 si parla di « mansioni che le sono *domandate* » (nel testo tedesco « *ersucht* ») mentre, se non c'inganniamo, si doveva scrivere « demandate ».

suali (196). Non possiamo tuttavia, per dovere di sincerità scientifica, esimerci dall'osservare, che anche questo Regolamento (come del resto, in misura maggiore o minore tutti gli altri Regolamenti dei T. a. m.) appare inquinato da un fondamentale vizio d'origine: la violazione, di cui numerose disposizioni son prova, del principio della uguaglianza delle parti in giudizio. Chi parte dalla premessa, teoricamente ineccepibile, che una legge processuale tanto meno è imperfetta quanto meglio riesce a garantire ai due litiganti una posizione di assoluta parità nel processo, non può non biasimare il criterio al quale si inspira un Regolamento di procedura che, trasferendo nel campo giudiziario quello spirito di rappresaglia al quale si è inspirato il Tr. di Pace, contiene, in relazione alla competenza (197), alla nomina del presidente (198) alla sede, alla lingua d'ufficio, disposizioni che posson sembrare destinate a rendere più difficile nel giudizio la posizione dei litiganti tedeschi (199). Questi T. a. m. potranno in verità (e dobbiamo sinceramente augurarcelo) essere domani il primo nucleo di una organizzazione giudiziaria permanente, destinata in avvenire a rinsaldare, attraverso organi di giustizia comuni a tutti gli Stati, quello spirito di solidarietà tra i popoli, senza il quale è vano sperare nella ricostruzione dell'Europa; ma per potere adempiere a questo altissimo ufficio, l'ordinamento dei T. a. m. dovrà essere prima liberato da tutte quelle disposizioni, le quali potrebbero far credere che, finita la guerra colle armi, vogliano i vincitori continuare a combatterla col trasformare in strumenti di sopraffazione organi che devono servire unicamente alla giustizia.

---

(196) Nella polemica svoltasi nel 1920-1921 sulla *I. W.* sotto il titolo « *Formalismus und Zivilprozess* » cfr. specialmente gli scritti di Fuchs (*I. W.*, 1921, 607) e di Grünebaud, *Die Neuordnung des Bürgerrechtsganges* (*ibidem*, 710), che vede nelle disposizioni dei Reg. per i T. a. m. una nuova via per il processo dell'avvenire.

(197) Cfr. Forti, *Il dir. internazionale dopo la guerra*, in *Giur. it.*, 1920, IV, pag. 95.

(198) Cfr. Zitelmann, scritto cit., pag. 9.

(199) Cfr. su questi punti, Zitelmann, scritto cit., pagg. 9-11, il quale rileva anche magistralmente nelle seguenti pagg. 11-15, la grande importanza che nell'avvenire i T. a. m. potrebbero assumere diventando organi stabili di giurisdizione per tutte le controversie di diritto internazionale privato.

IV

LA CRISI DELLA GIUSTIZIA PENALE IN GERMANIA SECONDO UN RECENTE LIBRO: ERICH KUTTNER, WARUM VERSAGT DIE IUSTIZ? (*)

1. — Qualche mese fa nelle vetrine dei librai tedeschi è apparso un volumetto portante sulla copertina una strana figura: un personaggio solennemente barbuto, squadrato e rigido come un burattino di legno, che il tòcco e il manto e un monumentale codice sotto il braccio rivelano per la caricatura di un giudice, è posto come l'asino di Buridano a ugual distanza tra due poltrone, una coperta di nero-rosso-oro, colori della Germania repubblicana, l'altra coperta di nero-bianco-rosso, colori del cessato Impero; ma, mentre l'asino leggendario non sapeva decidersi tra i due fastelli di fieno, questo fantoccio simbolico, perduto l'equilibrio, è sul punto di precipitare tutto d'un pezzo sulla poltrona dai colori imperiali. Il libro scritto da un membro socialdemocratico del *Landtag* prussiano, ERICH KUTTNER, ha per titolo una interrogazione: « *Warum versagt die Iustiz?* » « Perché la giustizia non funziona? » (1); e, nonostante la sua copertina umoristica e irriverente, esso è scritto sul serio e merita di esser letto con attenzione, perché ci dipinge con cognizione di causa e con abbondanza di dati concreti la crisi che travaglia la magistratura germanica in questi primi anni di regime repubblicano.

L'Autore di questo libretto si propone di dimostrare, attraverso la documentazione di un'abbondante casistica, che la giustizia penale germanica, nonostante la instaurazione della Repubblica, dà tuttora prova nei processi politici di preconcetta ostilità contro i fautori del nuovo regime e di sistematica parzialità a favore dei fautori della reazione. La dimostrazione — forse perché il libro, che ha intento politico e non scientifico, è scritto *ex abundantia cordis* in forma

---

(*) [Pubblicato in *La Scuola positiva. Rivista di diritto e procedura penale* (Milano), N.S., a. III, 1923, P. I, pagg. 118-125]. [*Bibliografia*, n. 79].

(1) E. KUTTNER, *M. d. L., Warum versagt die Justiz?*, 1921, Verlag für sozialwissenschaft G. m. b. H. (pagg. 99).

polemica — procede saltuaria e apparentemente disordinata; ma la materia può logicamente raggrupparsi in tre parti: nei primi quattro capitoli il K. si sofferma prevalentemente a descrivere le modalità di reclutamento e il conseguente spirito conservatore dei giudici germanici sotto l'Impero e a dimostrare deduttivamente come l'attuale ostilità della magistratura contro il regime repubblicano non sia che una necessaria conseguenza del perdurare di tali condizioni di fatto; in una seconda parte, che costituisce il nucleo centrale del libro (capit. V-IX) il K. passa in rassegna le pronuncie giudiziarie più caratteristiche, dalle quali, a suo avviso, scaturisce per via induttiva la conferma del fenomeno rilevato; e finalmente gli ultimi capitoli (X-XIII) sono dedicati alla enumerazione dei rimedî che, secondo il K., dovrebbero essere adottati dalla Repubblica germanica per ricostruire in breve tempo una magistratura politicamente imparziale.

Ho avuto altra volta occasione di riferire, in alcune mie Note pubblicate sulla *Rivista di dir. commerciale* (2) che il proposito principale affermato nel salire al potere dall'attuale Ministro della giustizia germanico Radbruch (socialdemocratico) è stato quello di adoprarsi a sottrarre la magistratura alle lotte dei partiti e a riportare nelle classi popolari la perduta fiducia nella giustizia penale. Il libro del K. si propone appunto di approfondire e sviscerare questo fondamentale problema: e credo che un largo riassunto del suo contenuto non sia privo di interesse per noi, non solo perché queste pagine ci descrivono uno degli aspetti, e non dei meno importanti, della generale crisi germanica osservata da un fautore del nuovo regime, ma anche perché esse possono per avventura offrire ai lettori materia per opportuni raffronti colle condizioni della nostra giustizia penale nel momento politico che oggi l'Italia attraversa.

2. — Nei primi capitoli del volume il K. fa una viva e gustosa descrizione della giustizia penale sotto l'Impero. L'affermazione che sotto il cessato regime la magistratura fosse posta in condizione di indipendenza politica, è, secondo lui, una menzogna (pag. 13). Imparziale e indipendente può dirsi soltanto una magistratura la quale, senza secondi fini inconfessati, sia destinata unicamente ad attuare la uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge; ma l'ordinamento giudiziario del regime imperiale, sotto parvenza di servire ad ammi-

---

(2) Calamandrei, *Il programma di politica giudiziaria dei socialisti tedeschi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, pag. 155 e segg. Cfr. ora, su tutti gli argomenti sfiorati in questa recensione, l'opuscolo, scritto dallo stesso ministro della giustizia Radbruch, *Rechtspflege* (Berlin, 1922), contenente un commento ai capisaldi posti in materia giudiziaria nel programma socialista di Görlitz.

nistrar la giustizia, serviva in realtà, come tutte le istituzioni dello Stato, a difendere il principio di autorità (*Autorität, nicht Maiorität!*). In obbedienza a tale principio, la mentalità dei giudici era stata rigorosamente educata (già dai tempi di Teognide si usava chiamare οἱ ἀγαθοί i fautori del partito dominante e οἱ κακοί quelli del partito avverso!) a distinguere in materia politica i « ben pensanti », cioè coloro che magnificavano la bontà del regime imperiale e che avevan per programma la sua conservazione, dai « mal pensanti », che, essendo fautori di un diverso regime, venivano con ciò a porsi da sé fuori dello Stato; il quale aveva quindi non solo il diritto, ma il dovere, di reprimere colla massima energia ogni attività dei sovversivi, mentre ai conservatori dovevano essere riservate tutte le cariche pubbliche e garantita in ogni caso la impunità, per tener alto nelle loro persone il principio di autorità: il che, trasportato nel campo giudiziario, significava naturalmente la coesistenza di una doppia giustizia, una per gli ortodossi ed una per i sovversivi (pag. 16). In armonia con questi scopi, il reclutamento dei magistrati si compieva attraverso una meticolosa selezione, destinata a lasciar passare soltanto i figli della nobiltà e della borghesia ricca: la carriera giudiziaria era la più costosa, perché ad un periodo di tre o quattro anni di studî universitarî seguiva un quadriennio di tirocinio pratico, al quale erano ammessi, senza alcun diritto a stipendio, solamente coloro che dimostrassero di avere una rendita sufficiente per il proprio mantenimento in quegli anni. In questo modo la carriera giudiziaria veniva ad essere un privilegio e un lusso riservato ai figli delle classi abbienti, le cui tendenze, naturalmente conservatrici e aristocratiche, venivano artificialmente rafforzate durante gli anni di studio dall'appartenenza obbligatoria ad alcuna di quelle tradizionali associazioni studentesche, ove i futuri giudici imparavano a considerare come disonorevole ogni contatto colle classi lavoratrici (pag. 17); e come se tuttociò non bastasse, lo Stato si riserbava il diritto per tutta la durata del tirocinio di allontanare l'aspirante come « indegno » senza dirne i motivi: con che lo Stato si poneva in grado di precludere l'entrata in magistratura anche a coloro che, pur avendo i requisiti economici, non dimostrassero di avere quelle idee rigidamente ortodosse che si ritenevano indispensabili per formare un buon magistrato.

Analogo ingegnoso sistema di mezzi di selezione era preordinato per i cosiddetti giudici popolari (*Laienrichter*) del processo penale: ossia per gli scabini (*Schöffen*) e per i giurati (*Geschworenen*). La scelta degli uni e degli altri, la quale si effettuava in più gradi secondo complicate modalità che il K. riassume alle pagg. 28-31, era infatti congegnata in tal modo da escludere sistematicamente da questi uffici giudiziarî i rappresentanti delle classi lavoratrici.

3. — Alla giustizia del cessato regime, strumento in materia politica del principio di autorità, il K. contrappone un ideale di giustizia democratica, basata, in materia politica, sul principio dell'uguale rispetto a tutte le opinioni. E, dopo aver osservato come a questi due contrapposti ideali debbano necessariamente corrispondere nei magistrati due mentalità profondamente diverse, trova la causa determinante dell'odierna crisi della giustizia tedesca in questa circostanza: che ad attuare il nuovo ideale di giustizia posto a base del nuovo regime siano stati mantenuti, anche dopo la instaurazione della Repubblica, gli stessi giudici che sotto l'Impero erano stati educati per l'attuazione dell'ideale opposto. La Rivoluzione germanica, se introdusse profondi mutamenti negli organi legislativi, lasciò quasi intatto quel complicato edificio di organi amministrativi e giudiziarî che l'Impero aveva affidato a un esercito di funzionarî disciplinati e sicuri; si cambiò così il nome del regime, ma non si cambiarono gli uomini: e nei tribunali continuarono a seder come giudici uomini convinti che nell'Impero fosse la salvezza del Paese, e tratti naturalmente a considerar con calda simpatia i fautori del vecchio regime e a vedere nei democratici, anziché i nuovi governanti di oggi, i sovversivi di ieri.

Può essere che in alcuni casi questa inidoneità della vecchia magistratura a servire gli ideali del nuovo regime sia più apparente che reale, tutte le volte in cui i giudici si trovino a dover applicare leggi penali, rimaste per ora invariate dal tempo dell'Impero, che più non rispondano ai nuovi orientamenti dello spirito pubblico (pagg. 9-11). Ma nella massima parte dei casi, la parzialità della magistratura non deriva, a detta del K., dalle leggi invecchiate, ma unicamente dalla invecchiata mentalità dei giudici chiamati ad applicarle, i quali si mostrano sempre disposti, sia mediante i poteri discrezionali commessi loro dalla legge per la commisurazione della pena, sia anche mediante la libera valutazione delle prove, a interpretare la stessa norma in modo profondamente diverso, secondoché si tratti di mandar libero un imputato appartenente ai partiti di destra o di gravar la mano su uno di sinistra. Questa tendenza, come il K. stesso riconosce, è psicologicamente naturale e soggettivamente giustificabile: i giudici non possono infatti adattarsi da un giorno all'altro a considerare alla stregua dei delinquenti comuni persone appartenenti a quelle caste militari e nobiliari che fino ad ieri consideravano di fatto superiori alle leggi; né, d'altra parte, è facile che un giudice riesca oggi a vedere e a rispettare l'autorità dello Stato nella persona di un ministro socialista, quando sette o otto anni fa il semplice fatto di essersi seduto a una stessa tavola con un socialista sarebbe stato per un giudice motivo più che sufficiente per perdere il posto (pag. 27). Ma se tali

tendenze reazionarie sono soggettivamente spiegabili, si impone d'altra parte, secondo il K., questa obiettiva conclusione: che la Repubblica germanica, se non vuole abdicare alla funzione più alta dello Stato, che è quella della giustizia, deve al più presto liberarsi da una magistratura che si trova nella impossibilità psicologica di esercitare serenamente tale funzione.

4. — La parte più interessante del libro è quella in cui il K. raccoglie, come prova della sua tesi, una quantità di caratteristici casi giudiziarî, che egli dice di avere scelto tra molte centinaia di processi politici svoltisi dopo la instaurazione della Repubblica (pagg. 34-35): tali esempî, ognuno dei quali offre un gustoso quadretto della Germania d'oggi, mirano a dimostrare la parzialità politica della giustizia tedesca non solo negli organi giudicanti, ma anche in quelli cui spetta esercitar la pubblica accusa o eseguire le pene.

L'autorità giudiziaria si mostra sistematicamente indulgente di fronte all'attività politica dei partigiani del vecchio regime, anche se questa assume forme delittuose: la notoria esistenza di associazioni armate destinate a sopprimere le figure più rappresentative della rivoluzione repubblicana è ufficialmente ignorata dagli organi della pubblica accusa (pagg. 62-63), i quali restano inerti dinanzi ai sanguinosi oltraggi lanciati dalla stampa reazionaria contro i ministri o contro la bandiera del nuovo regime, ritenendo che in questi casi manchi l'estremo del pubblico interesse per iniziare la persecuzione d'ufficio; mentre perseguon d'ufficio i redattori di un giornale socialista per aver chiamato assassini (*Mörder*) alcuni ufficiali autori di sei omicidî, o per aver scritto — caso anche più tipico! — che un pastore aveva pronunciato una predica così noiosa da fare addormentare gli ascoltatori (pagg. 68-70). Gli autori di attentati contro uomini di sinistra vanno quasi sempre impuniti: non solo perché nei circoli reazionarî è osservata una rigorosa solidarietà di casta, che mira a far perder le tracce degli assassini (pagg. 24-25), ma anche perché gli stessi organi cui spetterebbe far la luce su questi delitti non considerano come un reato la uccisione di un socialista. L'istigazione a uccidere è punita in modo irrisorio quando parte da un giornalista di destra: il giornalista Lesbius, redattore della *Staatsburger-Zeitung*, il quale scrive che egli proclamerebbe benefattore della Patria qualsiasi tedesco che uccidesse i mascalzoni (*Schufte, Halunken*) componenti l'associazione pacifista *Bund Neues Vaterland* (tra i quali lo scienziato Einstein!), e che in un secondo articolo rincara la dose, dichiarando esplicitamente di aver scritto ciò sul serio, è condannato dal Tribunale di Berlino a... 1.000 marchi di multa! (pag. 46). L'autore del primo attentato contro il Ministro Erzberger, vittima poco dopo

di un secondo attentato, è punito con diciotto mesi di carcere (pag. 48). Un socialista arrestato per motivi politici è ucciso a colpi di pistola nelle carceri di Monaco dai soldati suoi carcerieri: questi, messi sotto processo, affermano di averlo ucciso per ordine di un loro ufficiale; il Tribunale li assolve, perché essi hanno agito per eseguire l'ordine del superiore, e contemporaneamente assolve il superiore, perché egli in realtà non ha dato l'ordine che i suoi dipendenti hanno creduto in buona fede di aver ricevuto! (pag. 49). E si potrebbe continuare per un pezzo a citar casi di assassini mandati liberi per il solo fatto di appartenere ai partiti della reazione (pagg. 49-54).

Numerosi esempî mostrano anche come sia diversamente punito l'oltraggio a pubblici ufficiali, secondoché l'autorità oltraggiata appartenga al passato regime o all'attuale. Si punisce con una settimana di arresti (*Haft*) un giovine nazionalista per aver detto pubblicamente che il presidente Ebert è tutti i giorni ubriaco; con 500 marchi di multa un ufficiale per aver detto in pubblico che le mogli di Ebert e di Noske avevano rubato l'argenteria dell'*iacht* imperiale *Hohenzollern* e se l'erano divisa (pagg. 37-38). La mitezza di queste condanne appare evidente non solo quando esse si mettano a paragone con quelle che sotto l'antico regime toccavano a socialisti per espressioni assai meno irriverenti adoprate contro i membri della casa imperiale (pagg. 20-22), ma anche quando si tenga presente il caso seguente verificatosi dopo l'instaurazione della Repubblica: un operaio afferma in una adunanza che durante la guerra il suo maggiore conte Keller aveva rubato, e aveva spedito a casa la refurtiva; in base a quest'accusa, si inizia d'ufficio un processo contro... l'operaio; e quantunque nel dibattimento il maggiore sia costretto a confessare di aver portato a casa un servito di candelieri d'oro e altri oggetti preziosi in una cesta (ma colla nobile intenzione, a suo dire, di salvarli dal saccheggio e di restituirli poi al legittimo proprietario...), l'operaio è condannato a tre mesi di carcere (pag. 39: cfr. anche pagg. 72-74).

Lo stesso spirito partigiano si mostra, a detta del K., nella sistematica lentezza con cui si svolgono i procedimenti contro imputati di destra lasciati a piede libero, mentre la giustizia funziona con gran celerità quando si tratta di condannare imputati di sinistra. Gli esempî sono tratti quasi tutti dal famoso *Putsch* di Kapp del 1920 e dai moti comunisti che ne seguirono per reazione (pagg. 55-64): alla fine del 1921, quando uscì questo libro, neppure uno dei partigiani di Kapp era stato punito né per reati politici né per reati comuni, mentre nella sola Baviera erano state pronunciate 2.209 condanne contro gli operai che avevano preso parte ai moti di protesta contro Kapp (pag. 71)! Ai kappisti si accorda dietro esigue cauzioni la libertà provvisoria, negata sistematicamente, anche se sono offerte cauzioni

più rilevanti, agli imputati comunisti (pag. 58); le condanne sono eseguite con spietato rigore contro i comunisti, con grande indulgenza verso i kappisti (pag. 64). E quando il 6 agosto 1920, viene emanata una legge di amnistia estesa a tutti i colpevoli di reati politici commessi in seguito al *Putsch* di Kapp, esclusi però i capi (*Führer*) del movimento e i rei di delitti comuni, i giudici concedono l'amnistia ai caporioni più noti del moto kappista (generali, ammiragli, nobili) e la negano sistematicamente ai condannati per i moti antikappisti, che considerano come capi anche quando sono oscuri gregarî, o come delinquenti comuni anche quando il movente politico dei loro atti è più che palese (pagg. 56-60).

5. — I rimedi che il K. propone per far cessare questo stato di cose, che costituisce una minaccia per la stabilità del regime repubblicano, non sono molto dissimili da quelli propugnati in generale dal partito socialdemocratico tedesco, dei quali ho avuto altra volta occasione di far cenno (3). Il K., come tutti i socialdemocratici, non vuol sostituire alla giustizia reazionaria una giustizia rivoluzionaria, sul tipo dei tribunali bolscevichi istituiti per rafforzare la dittatura del proletariato: in questo modo, infatti, in luogo della giustizia azzurra asservita agli interessi delle classi abbienti, si porrebbe una giustizia rossa al servizio delle classi lavoratrici, che non costituirebbe un progresso, perché sarebbe sempre una giustizia di classe riproducente a rovescio tutti i difetti di quella attuale. Conformemente al programma di Görlitz, ai cui postulati il K. si richiama (pagg. 79-80), egli propugna un ordinamento giudiziario che miri a sottrarre nella misura più alta possibile la giustizia al predominio di una classe o di un partito: il che, secondo lui, si otterrebbe col chiamare a comporre gli organi giudiziarî i rappresentanti di tutte le classi e di tutti i partiti, poiché, quando non è possibile, come sarebbe l'ideale, aver giudici senza idee politiche, vale anche per la giustizia la legge fisica che il bianco si ottiene dalla mescolanza di tutti i colori (pag. 84).

In concreto il K. propone che, per quanto attiene alla scelta dei giudici popolari, si aboliscano i sistemi tuttora in vigore i quali dànno immancabilmente giurie composte di rappresentanti delle classi abbienti (dati precisi, relativi al 1921, alle pagg. 31-32) e si introduca invece, così per gli scabini come per i giurati, il sistema di farli nominare dagli elettori politici di ciascun distretto giudiziario, a suffragio universale e con rappresentanza proporzionale: né si obietti che in

---

(3) Nelle ricordate note in *Riv. dir. comm.*, 1922, pagg. 155-156; cfr. anche RADBRUCH, *Rechtspflege*, cit.

questo modo la scelta dei giudici popolari verrebbe ad essere *politisiert*, mentre in realtà l'asservimento alla politica esiste in forma assai più dannosa nel sistema attuale, perché è larvato e destinato a favorire una sola classe o un solo partito (pag. 84). La partecipazione dei giudici popolari alla giustizia penale dovrebbe essere inoltre più estesa e più efficace di quanto ora non sia: tutti gli organi giudiziarî penali dovrebbero essere composti in prevalenza da giudici popolari; contro ogni sentenza penale di primo grado pronunciata coll'intervento di scabini (*Schöffengerichte*) dovrebbe essere ammesso l'appello a un organo di secondo grado composto di giudici popolari e non, come accade oggi, di soli magistrati di carriera (pagg. 85-87) (4).

Più difficile è il problema della trasformazione della magistratura togata: poiché esso urta da un lato contro il principio della inamovibilità dei giudici e si riflette d'altra parte sulla organizzazione degli studî universitarî. Per chi si contentasse di una soluzione a lunga scadenza, il vero rimedio consisterebbe nel provocare un intenso afflusso di elementi popolari alla carriera giuridica, mediante un generoso impiego di sussidî e di borse di studio; ma anche se le condizioni economiche della Germania consentissero, come non consentono, questo dispendioso « allevamento » di magistrati democratici continuato per più di un decennio attraverso le scuole medie e superiori, il sistema avrebbe il difetto di esser troppo lento, mentre il problema reclama una soluzione urgente (5). Né si può sperare un cambiamento di tendenze politiche in senso democratico da parte degli studenti che frequentano oggi i corsi universitarî di giurisprudenza; poiché, quantunque essi siano oggi in maggioranza in condizioni di vera povertà, pure questo disagio economico, di cui essi dànno colpa non alla guerra perduta, ma al nuovo regime sorto dalla sconfitta, inspira in loro — se la vivace descrizione che ne fa il K. alle pagg. 89-91 è veritiera — anziché un senso di simpatia per le classi lavoratrici, un odio feroce contro tuttociò che è repubblicano, in modo che da essi uscirà domani una magistratura anche più reazionaria di quella attuale. L'unico rimedio sollecito potrebb'essere, secondo il K., quello (che in questi ultimi anni è stato oggetto di disegni di legge e di vivaci

---

(4) Sulle proposte che già si trovano in discussione dinnanzi al Parlamento germanico per attuare queste riforme, cfr. Rosenberg, in *Deutsche Iuristen Zeitung*, 1922, 340; e Lobe, in *Deutsche Richter Zeitung*, 1922, 194. Del problema della partecipazione della donna agli ufficî giudiziarî il K. di proposito non parla (pag. 87); cfr. le mie citate Note, pag. 158.

(5) Per gli stessi motivi il K. non fa neppure menzione del programma di radicale riforma degli studi giuridici universitarî propugnato dal Min. Radbruch; cfr. le mie citate Note, pag. 157; cfr. anche *Rechtspflege*, cit., pag. 11.

discussioni tra i giuristi) (6) di immettere subito nella magistratura, per temperare le tendenze antidemocratiche dei funzionarî reclutati sotto il precedente regime, elementi reclutati tra la media e piccola borghesia: il che si otterrebbe ammettendo a dar l'esame di referendario non soltanto i giovani usciti dalle facoltà di legge, ma anche tutti coloro che senza aver frequentato gli studî universitarî, abbiano tuttavia, in conseguenza del loro ufficio o della loro professione, una certa esperienza pratica del diritto, come sarebbero i funzionari giudiziarî inferiori, i segretari del lavoro, ecc. (pag. 92).

Con questo provvedimento si riuscirebbe a bilanciare l'elemento reazionario oggi prevalente nella magistratura. Ma contro gli avversarî più irreconciliabili dell'odierno regime dovrebbero anche, secondo il K., esser presi provvedimenti più diretti e immediati. Qui il K. sfiora la questione delle inamovibilità dei magistrati; e se pur non arriva a proporre l'abolizione di questo principio che si usa considerare come preziosa conquista degli ordinamenti giudiziarî più progrediti, pure lascia intendere che esso, sorto storicamente come un baluardo contro la giustizia di gabinetto dei regimi assoluti, può essere ridiscusso in regime di democrazia, quand'esso significherebbe in pratica che la Repubblica debba esser costretta, in omaggio a questo dogma, a mantenere in carica e a nutrire ai proprî danni un esercito di funzionarî che le fanno guerra (pag. 94). Tuttavia il K. si limita a proporre al principio della inamovibilità un semplice temperamento. Egli parte dal considerare che mentre le preferenze politiche dei magistrati sono pericolose nei processi penali, esse hanno rare occasioni di nuocere nei processi civili, anche perché le controversie civili nelle quali potrebbe in qualche modo farsi sentire la politica sono sottratte ai tribunali ordinarî e affidate a speciali giurisdizioni del lavoro nelle quali le classi operaie hanno piena fiducia (7); cosicché, secondo il K., tutti quei magistrati le cui opinioni antirepubblicane dessero sospetto di parzialità nei processi penali, potrebbero opportunamente, senza alcuna menomazione di grado o di stipendio, essere destinati a giudicare esclusivamente il civile. Il diritto di trasferimento dal penale al civile non dovrebbe però esser lasciato in mano al governo: gli stessi cittadini di ogni circoscrizione giudiziaria dovrebbero scegliere mediante elezione tra i varî magistrati adibiti ad ogni tribunale quelli più idonei a giudicare il penale; sicché,

---

(6) Cfr. le suddette Note, pag. 157; e *Rechtspflege*, cit., pag. 10.

(7) Sulle *Verordnung zum Schutz der Republik* del 26 e 29 giugno 1922, cfr. il commento del Lobe nella *Deutsche Iuristen Zeitung* del 1° agosto 1922, pag. 457 e segg.; specialmente, sulla Corte di giustizia (*Staatsgerichtshöf*) per la difesa della Repubblica, ivi, pag. 467 e segg.

pur mantenendosi per i magistrati di carriera il sistema attuale della nomina governativa e la garanzia della inamovibilità, si introdurrebbe un embrione di elezione popolare nell'ambito dei magistrati reclutati secondo il vecchio sistema, per i quali l'essere scelti a giudicare il penale dovrebbe esser considerato come uno speciale onore, scompagnato però da qualsiasi vantaggio economico (pagg. 96-97).

6. — Sulla opportunità dei rimedî suggeriti dal K., non discuto: espongo e non critico, poiché le obiezioni che ad alcuni di essi si potrebbero muovere mi porterebbero troppo lontano dagli scopi di questo scritto, che vuol esser soltanto una recensione. Né, d'altra parte, mi sento in grado di giudicare se la diagnosi fatta dal K. sui mali della magistratura tedesca sia in tutto esatta: un lettore spassionato non può dimenticare che il K. è un uomo di parte e che in questo libro vuol far della politica; né può trascurare che prima di pronunciare un giudizio bisognerebbe applicare la massima *audiatur et altera pars.* Tuttavia, con tutte le riserve derivanti da questi motivi, dalla lettura di questo volumetto si trae l'impressione che la magistratura tedesca sia stata lasciata indietro dagli eventi, e che nei processi politici essa si mostri ancora, dopo quasi quattro anni dalla rivoluzione, come una torre superstite di quell'edificio imperiale che la marea democratica a poco a poco smantella e sommerge; sicché ben s'intende, attraverso queste pagine del K., per qual ragione, tra i varî provvedimenti eccezionali per la difesa della Repubblica votati dopo l'assassinio di Rathenau, sia stato compreso quello di sottrarre i delinquenti politici al giudizio di una magistratura, che troppo spesso può sentirsi loro complice, e di affidarli al giudizio severo di speciali organi devoti al nuovo regime (8).

Senza volerci dunque erigere a giudici della fondatezza delle accuse che il K. lancia alla magistratura tedesca, dobbiamo riconoscere che, se tali accuse son vere, il fenomeno, da lui descritto in queste pagine è molto interessante dal punto di vista storico: poiché esso ci dimostra con metodo sperimentale in qual modo dopo una rivoluzione si comporta, sotto il nuovo regime, una magistratura reclutata col sistema della nomina governativa sotto il regime precedente. Il fenomeno che oggi si verifica in Germania ci dimostra anche fino a qual punto trovi conferma pratica nella realtà il principio, vero in teoria, secondo il quale nello Stato costituzionale basato sulla separazione dei poteri il giudice applica il diritto ma non lo crea. Se ve-

---

(8) Cfr. le mie Note sui *Tribunali del lavoro in Germania*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, pag. 160.

ramente i giudici fossero, come si insegna a scuola, spassionati e fedeli servitori del diritto già formulato dagli organi competenti, un cambiamento di regime com'è quello avvenuto in Germania non dovrebbe in alcun modo turbare la loro funzione, poiché essi, estranei ai motivi politici che portano alla formazione della legge, dovrebbero oggi applicar le leggi della Repubblica colla stessa serena precisione tecnica colla quale applicarono fino ad ieri le leggi dell'Impero: ma questo assoluto ognosticismo politico, che dovrebbe generare nei magistrati lo stesso spirito di disciplina per il quale i militari eseguono gli ordini senza chiedere il nome dei generali che li emanano, è niente più che un ideale: nella pratica invece il giudice, sia attraverso gli spiragli del potere discrezionale che talvolta la stessa legge gli commette per l'apprezzamento di certe conseguenze giuridiche, sia attraverso il passaggio ben più ampio della libera valutazione delle prove, può, se vuole, sfuggire a suo piacere dai limiti che il legislatore gli pone. Sicché, mentre in teoria il responso del giudice dovrebbe, anche nei processi politici, essere pura applicazione di legge sempre simile in casi simili, in realtà molte volte il giudice risolve in modo diverso casi giuridicamente uguali, perché al disopra del diritto egli pone le sue simpatie o le sue repugnanze politiche, che variano da caso a caso: e può accadere così, come secondo il K. accade oggi in Germania, che la magistratura, abituata a render giustizia sotto l'influsso politico del regime che l'ha istituita, continui anche dopo la caduta di questo regime a far della politica nella stessa direzione, come una macchina che continua ciecamente la sua corsa anche dopo la improvvisa morte del macchinista che la guidava.

Il caso di una magistratura che continua a vivere per conto suo, avulsa per forza della rivoluzione dal regime che la generò, estranea per inconciliabiltà spirituale al nuovo regime che ha trionfato, è davvero singolare per noi, abituati a considerare il fenomeno opposto di una magistratura messa in balìa dei politicanti e tormentata dalle inframmettenze politiche di chi è al potere. Da noi il problema da risolvere è quello di salvare la indipendenza dei magistrati dalle pressioni del governo; in Germania il problema da risolvere è quello di impedire che la soverchia indipendenza dei magistrati non si trasformi addirittura in ribellione al governo: il mondo alla rovescia!

Certo, il problema politico che si presenta oggi ai governanti germanici non è dei più facili: mentre sembra facile indicare in un adeguato sistema di autogoverno i rimedî per sottrarre i magistrati alle minacciose ingerenze parlamentari, non altrettanto facile sembra trovare i rimedî per difendere il regime dall'aperta ostilità dei magistrati. Non c'è dubbio che la garanzia della inamovibilità e le altre garanzie introdotte, attraverso lotte secolari, negli Stati moderni per

liberare la giustizia dalle mutevoli vicende della politica hanno forse, nonostante le contrarie considerazioni del K., più ragion d'essere in uno Stato a regime democratico e parlamentare che in uno Stato a regime autocratico. Ma, d'altra parte, può il governo uscito da una rivoluzione spinger la sua devozione al principio dalla inamovibilità fino al punto di tollerare nella compagine statale una magistratura che lavora a riedificare il regime cessato? La rivoluzione francese del 1789 e la recente rivoluzione russa, prima che ad abolire le vecchie leggi, pensarono ad abolire i vecchi tribunali, per sostituirli subito con tribunali rivoluzionarî destinati a perseguitare i fautori della reazione: seguendo così anche in politica quella regola elementare di tattica guerresca, secondo la quale, appena conquistata una trincea, la prima misura per rafforzarvisi è quella di rovesciarne le feritoie verso il nemico. Ma in Germania i governi che si sono succeduti dalla instaurazione della Repubblica ad oggi si son limitati per ora a valersi in larga misura del diritto di amnistia, per distruggere le condanne troppo rigorose pronunciate dai tribunali nei processi politici in cui fossero imputati uomini di sinistra: e si è avuta così una vera e propria guerriglia tra magistratura e governo, combattuta a colpi di sentenze e di amnistie. Recentemente l'attuale ministro della giustizia RADBRUCH, in una circolare emanata al momento della sua assunzione al ministero (9), ha rivendicato a sé stesso il diritto di esercitare pubblicamente un'aperta critica sulle sentenze inspirate a partigianeria politica, affermando che è una contraddizione attribuire al ministro la responsabilità del buon andamento della giustizia e non consentirgli la facoltà di criticare le sentenze passate in giudicato allo scopo di impedire che altri giudici ricadano negli stessi errori; ma, come assai sensatamente ha osservato un magistrato sulla *Deutsche Richterzeitung* (10), non è esatto affermare che il ministro della Giustizia sia politicamente responsabile delle sentenze pronunciate dai magistrati, come non è conciliabile l'esercizio di una qualsiasi critica sulla giu-

---

(9) Cfr. il testo in *Jur. Wochenschrift*, 1921, pag. 1389. Nel suo opuscolo *Rechtspflege* il RADBRUCH, dopo aver insistito sulla necessità di mantenere, anche sotto la Repubblica, i giudici di carriera nominati dal governo (sia pur integrati dai giudici popolari) e il principio della inamovibilità, indica come mezzo per impedire che la magistratura abusi della sua indipendenza ai danni del regime: la nomina ai posti restati vacanti di persone capaci di intendere le necessità e le finalità del nuovo regime; l'abbassamento dei limiti di età per svecchiare i ruoli; il rafforzamento della funzione del P. M., come organo posto alla dipendenza del Ministro incaricato di richiamare i magistrati giudicanti alla loro funzione; il potere di amnistia (pagg. 9-10). Tutte misure, com'è facile intendere, che rischiano di distrugger di fatto la indipendenza della magistratura!

(10) KÜBEL, *Richterliche Unabhängs Reit*, in *D. R. Z.*, 1922, pag. 74.

risprudenza da parte del ministro col principio della indipendenza della magistratura.

Ad ogni modo è prevedibile che questo stato di guerra dichiarata tra governo e magistratura non possa durare a lungo. Qualche segno di resipiscenza da parte dei magistrati tedeschi in favore del nuovo regime è dato scorgere sia nel fatto che nello scorso gennaio è stata fondata a Berlino una « Unione dei giudici repubblicani » (11), sia in qualche manifestazione di omaggio fatta pubblicamente all'attuale ministro della Giustizia da alti magistrati, quale sarebbe il Presidente di Sezione presso il *Reichsgericht* HAGENS (12). Ma se tale volontaria riconciliazione non fosse possibile, sembra che l'attuale ministro, se vorrà tener fede al programma del suo partito, dovrà prima o poi ricorrere a misure eccezionali del tipo di quelle prese nel 1870 dalla Repubblica francese, che per sradicare dalla magistratura il bonapartismo, sospese per qualche tempo la garanzia della inamovibilità.

Attendiamo con vivo interesse l'epilogo di questo conflitto con tanta vivacità riassunto in questo libretto del K., il quale, naturalmente, non ha avuto tra i magistrati tedeschi una buona stampa. La *Deutsche Richterzeitung* (13) si limita a dire che a un libro tutto intessuto di ingiurie alla magistratura tedesca non si concede neppure l'onore della discussione: e che la lettura di esso deve esser lasciata ai « compagni » dell'autore. Ma qui veramente ci pare che il recensore vada tropp'oltre: e che egli, più che sdegnarsi del contenuto del libro, il quale appar meritevole, per chi lo legga serenamente, di esser meditato se non altro per esser confutato, si sia impermalito per la irriverenza burlona di quella vignetta della copertina, che rappresenta il giudice come una marionetta sul punto di precipitare... (*).

---

(11) LEEB, *Republikanischer Richterbund*, in *D. R. Z.*, 1922, 33.

(12) HAGENS, *Republik und Richtertum*, in *Jur. Woch.*, 1922, pag. 619.

(13) MAYER, *Der « Richter zwischen zwei Stühlen »*, in *D. R. Z.*, 1922, pag. 61.

(*) N. B. — La presente recensione fu scritta nel luglio 1922. Posteriormente è succeduto al RADBRUCH nel Ministero della giustizia il Dott. HEINZE, le cui opinioni, in materia di riforma giudiziaria, trovansi riassunte in *D. R. Z.*, 1923, pag. 29; cfr. anche DÜRINGER, *Die Politisierung der Iustiz*, e LEVIN, *Politisierung oder Demokratisierung der Iustiz.*, in *D. I. Z.*, 1922, pag. 521 e pag. 581.

V

RECENSIONE A: R. WYNESS MILLAR, THE FORMATIVE PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE (*)

Con questa precisa, chiara ed efficace esposizione riassuntiva di quei principî fondamentali del processo civile, che non sono proprî di questa o di quella legislazione positiva, ma che costituiscono la ragione e la misura delle partizioni scientifiche sotto le quali possono essere raggruppati sistematicamente i varî tipi di processo di tutti i tempi e di tutti i paesi, il professore Roberto WYNESS MILLAR, docente di diritto nella Northwestern University di Chicago, non solo ha fatto opera di divulgazione utilissima per gli studiosi suoi connazionali, tra i quali questo libro servirà a far conoscere sempre meglio i metodi e i resultati della scienza processualistica europea, ma ha dato altresì ai giuristi stranieri una preziosa guida alla esatta conoscenza del processo anglo-americano, il quale, mentre siamo abituati a considerarlo come molto lontano dalle nostre concezioni giuridiche, è esaminato qui con criterî nostri, e ridotto, diciamo così, al comune denominatore del nostro sistema scientifico.

A una notevole introduzione, che accenna alla formazione storica del processo anglo-americano ed allo scarso sviluppo che ha avuto finora in America lo studio del diritto processuale, considerato soprattutto come un'arte di pratici, seguono in altrettanti paragrafi brevi trattazioni concernenti, sulla traccia specialmente dei più noti processualisti tedeschi, i concetti-base del diritto processuale: principio del contraddittorio, rapporti tra i poteri delle parti e quelli del giudice, concetto di preclusione, prova libera e prova legale, oralità e scrittura, mediatezza e immediatezza, secretezza e pubblicità; ma, se tutto ciò rappresenta per noi il riassunto di nozioni elementari correnti nella scuola, ci appaiono come una gradita novità le considerazioni, poste

---

(*) [Recensione, pubblicata in *Rivista di diritto processuale civile*, a. I, 1924, P. I, pagg. 115-116, allo studio di ROBERT WYNESS MILLAR, *The formative principles of civil procedure*, estratto da *Illinois Law Review*, vol. VIII, 1923, pagine 78]. [*Bibliografia*, n. 96].

alla fine di ciascun paragrafo, intorno alla applicazione che quei principî hanno nel processo vigente in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America.

Accanto alle citazioni di autori anglo-americani contenute nelle nutritissime note, appare sapientemente utilizzata in questo lavoro tutta la letteratura processuale europea: non solo quella tedesca, ma anche quella italiana, francese, spagnola. Dei processualisti e storici italiani il prof. MILLAR conosce e cita il MATTIROLO, il MORTARA, il PERTILE, il SALIOLI e perfino numerosi compilatori dell'« Enciclopedia giuridica italiana », i quali certamente, quando scrissero le loro « voci », non osarono sperare l'onore di vedersi citati da uno studioso americano. Duole solamente di veder ricordato una sola volta in queste pagine il nome del CHIOVENDA, di cui il MILLAR mostra di conoscere soltanto il classico saggio sul « Romanesimo e germanesimo nel processo civile »; e vien fatto di pensare che, se l'autore di questo libro conoscesse anche la nostra produzione processualistica più recente, sarebbe sempre più confermato nella estimazione, già da lui dichiarata a pag. 3 del cenno introduttivo, dei brillanti contributi che ai progressi della scienza del diritto processuale sono stati portati in questi ultimi anni dalla scuola italiana.

Ma, a parte ciò, il vedere da un eminente studioso americano così apprezzato il valore di alcuni nostri scrittori e il trovare in questo suo libro un terreno aperto in cui le più lontane concezioni processuali si incontrano e si adeguano in criterî di comune raffronto, è per noi ragione di profondo compiacimento; e siamo grati al prof. Millar di averci confermato in questo suo lavoro che la ricerca scientifica distrugge le distanze e spiana le barriere politiche.

VI

LE RECENTI RIFORME DEL PROCESSO CIVILE IN GERMANIA (*)

Siamo lieti di iniziare le osservazioni, che la Rivista si propone di dedicare a quanto si sta facendo, o si è fatto in questi ultimi anni, per la riforma del processo civile all'estero, con uno scritto del prof. A. MENDELSSOHN BARTHOLDY, ordinario nell'Università di Amburgo, la cui collaborazione ci riesce tanto più gradita in quanto egli ha sui problemi della riforma in Germania una speciale competenza, essendo stato chiamato, dopo la morte di Federigo STEIN, a far parte — unico professore universitario — della commissione governativa incaricata di preparare la « grande riforma » di tutta la legislazione processuale germanica.

Quel che accade oggi nella procedura civile germanica ha molti punti di contatto con quel che avviene da noi; mentre una commissione di esperti sta lentamente tracciando le linee generali del nuovo codice, i governi che si son susseguiti in questi ultimi anni hanno creduto necessario procedere mediante decreto a riforme parziali che pareva presentassero carattere di urgenza: e così, sia per contentare quelle correnti politiche che reclamavano anche in materia civile un maggior avvicinamento della giustizia al popolo, sia per smaltire con rimedi eroici la pletora di lavoro giudiziario conseguente alla crisi della valuta (cfr. per i precedenti immediati delle ultime riforme germaniche, la rassegna di P. CALAMANDREI in *Riv. dir. comm.*, 1922, 1, 155 ss.) la armonia sistematica della legge sul processo civile in vigore da quasi mezzo secolo è stata in più punti turbata da numerose modificazioni, alcune delle quali rappresentano forse novità feconde di sviluppi in un prossimo avvenire, mentre altre — come quelle che aboliscono di fatto la oralità — costituiscono veri e propri ritorni al passato.

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. I, 1924, P. I, pagg. 261-263]. [*Bibliografia*, n. 103].

Di tali modificazioni il Prof. M. B. nell'articolo che oggi pubblichiamo ci offre un preciso e chiaro riepilogo. Avremo forse occasione nell'avvenire di tornare con maggiore ampiezza su alcuni particolari di queste riforme germaniche che più possono riuscire interessanti ed istruttivi per la riforma italiana: intanto, poiché già sulle ultime ordinanze processuali si è avuta in Germania una ricca fioritura di scritti esegetici e critici crediamo utile per gli studiosi italiani dar qui qualche cenno su questa recentissima letteratura processualistica.

Dalle due ordinanze governative alle quali il M. B. accenna nel suo articolo, una, quella del 22 dicembre 1923 (Ordinanza sull'acceleramento della procedura: *Verordnung über die Beschleunigung des Verfahrens*) fa testo a parte, poiché si ritiene che debba aver carattere transitorio; mentre la seconda, quella del 13 febbraio 1924 (Ordinanza sul procedimento nelle controversie civili: *Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*) è stata definitivamente incorporata nella legge di procedura civile, il cui nuovo testo è stato pubblicato colla notificazione (*Bekanntmachung*) del 13 maggio 1924 (in vigore dal 1° giugno 1924).

Il testo dell'ordinanza 22 dicembre è stato pubblicato, con ampio commento esegetico e col corredo dei lavori preparatorî, da Volkmar (2ª ediz., Mannheim, Bensheimer 1924) e da Lucas (Berlino, Stilke, 1924).

Articoli critici sull'ordinanza in generale hanno scritto lo stesso Volkmar (sulla *Juristische Wochenschrift*, 1924, 17) ed Heilberg (ivi, 83); in particolare si sono occupati dell'arbitrato giudiziale da essa introdotto Baum (*Sentenza arbitrale ed avvocatura*, sulla *Jur. Woch.* 1924, 82), Karger (in *Zeitschr. fur Rechtspflege in Bayern*, 1924, 33), Friedlaender (in *Leipz. Zeitsch.* 1924, 57).

Il nuovo testo unico della legge sul processo civile colle modificazioni apportatevi dall'ordinanza del 13 febbraio 1924 è pubblicato con i precedenti e le leggi complementari in edizione tascabile da Baumbach (Berlino, O. Liebmann, 1924) e da Schultz (Monaco, Becksch, 1924). Alle riforme introdotte dalla suddetta ordinanza è dedicato l'intero numero 6 della *Juristische Wochenschrift* del 1924 (pag. 345 e segg.) con scritti di Volkmar, Curtius, Heilberg, Hodenberg, ecc.; la stessa ordinanza è esaminata in generale, in tutte le sue più caratteristiche disposizioni, da Lobe (sulla *Deutsche Iuristen Zeitung*, 1924, 157) e da Baumbach (quadro sinottico delle nuove disposizioni a raffronto colle precedenti, ivi, 165). Sul ritorno al sistema della scrittura nel nuovo procedimento scrive un interessantissimo articolo il Wach (ivi, 246); Engel fa un'esposizione comparativa della riforma tedesca paragonata colle corrispondenti disposizioni del processo austriaco (ivi, 345). In ispecie sulla decisione allo stato degli

atti scrivono KANN (*Iur. Woch.* 1924, 383) e STRIEMER (*Deuts. Iur. Zeit.* 1924, 500); sul procedimento preliminare dinanzi al giudice unico, WILDHAGEN (*Deuts. Iur. Zeit.* 1924, 265); sulle riforme del procedimento in appello, BREIT (*Iur. Woch.* 1924, 369) e PAGENSTECHER (in un volume edito da Bensheimer: « *L'appello del nuovo diritto processuale civile. Esposizione sistematica* »); sulla revisione, riformata anche da una speciale ordinanza per lo sgravio del Tribunale dell'Impero, *Verordnung zur Entlastung des Reichsgerichts* del 15 gennaio 1924, VOLKMAR (*Leipz. Zeits.* 1924, 71).

Una grande importanza per comprendere l'atteggiamento della scienza di fronte a queste recenti riforme avranno le relazioni del congresso tenuto dai processualisti tedeschi a Iena il 14 e il 15 marzo scorso (resoconto sommario in *Deuts. Iur. Zeit.* 1924, 297): di queste relazioni, di cui è imminente la pubblicazione in un fascicolo speciale della *Rivista renana*, ci è stato finora possibile leggere in bozza, per gentil concessione dell'autore, soltanto quella del Prof. MENDELSSOHN BARTHOLDY che tratta in senso nettamente sfavorevole le nuove disposizioni sulla determinazione della *summa gravaminis* e sulla introduzione della *revisio per saltum*. Ma sappiamo che anche nelle altre relazioni prevale la ostilità contro le due recenti ordinanze processuali: come può desumersi dall'ordine del giorno votato alla chiusura del suddetto congresso (testo in *Deuts. Iur. Zeit.* 1924, 371) nel quale si protesta energicamente non solo contro la forma adoprata dal governo per introdurre di sorpresa le riforme senza adeguata preparazione scientifica e parlamentare ma anche contro il contenuto delle medesime, che polverizza l'unità del dir. processuale germanico e minaccia di distruggere la fiducia dei giudici e delle parti nel funzionamento della giustizia; talché — conclude l'ordine del giorno — « se si continuerà per questa via, si arriverà alla rovina della procedura giudiziaria germanica ». In senso ugualmente contrario alle riforme si sono dichiarati gli avvocati tedeschi, i quali, nella riunione del consiglio direttivo dell'*Anwaltsverein* tenuta a Lipsia il 23 marzo scorso, hanno votato, su relazione di HEILBERG, un ordine del giorno di netta disapprovazione (relazione e ordine del giorno in *Iur. Woch.* 1924, 443 e segg.).

VII

I PROCESSUALISTI TEDESCHI CONTRO LE RECENTI RIFORME DEL PROCESSO CIVILE (*)

La « Unione dei processualisti tedeschi » (*Vereinigung deutscher Zivilprozessrechtslehrer*), costituitasi in Germania fin dal 1921, pubblica, in un numero speciale della *Rivista Renana*, sotto il titolo « *Il nuovo diritto processuale civile* » (ed. Bensheimer, 1924) le relazioni presentate e discusse dai suoi membri nell'ultimo congresso tenuto a Iena nel marzo dell'anno corrente, le quali sono esclusivamente dedicate all'esame delle recenti riforme del processo germanico, sul cui contenuto già dette notizia ai nostri lettori nel precedente numero di questa *Rivista*, il prof. MENDELSSOHN BARTHOLDY.

Anche nelle relazioni del primo congresso dell'« Unione », che furono pubblicate in volume nel 1922 (« *Il processo civile* - Teoria - Diritto comparato - Riforma legislativa » ed. Bensheimer) il tema della riforma fu magistralmente trattato dal compianto F. STEIN, in un saggio dall'ampio respiro, che rifaceva la storia della legislazione giudiziaria germanica e tracciava con sicura visione delle esigenze pratiche le direttive della grande riforma generale; ma le linee che STEIN segnava in quella sua relazione sono state bruscamente turbate dalle riforme parziali fatte di sorpresa per decreto governativo, contro le quali appunto si eleva oggi quasi unanime la protesta degli studiosi.

Le relazioni del congresso di Iena sono precedute da un articolo del WACH scritto per l'Unione degli avvocati sul progetto che diventò poi la riforma del 13 febbraio 1924: questo articolo, il cui titolo contiene già un giudizio sulla riforma (« *La deplorata ordinanza sul procedimento nelle cause civili* »), è tutta una serrata critica contro le nuove disposizioni, alcune delle quali per altro, come quella del § 529 che nel progetto limitava notevolmente il *jus novorum* in appello, sono state omesse o attenuate nel testo definitivo.

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. I, 1924, P. I, pagg. 365-369]. [*Bibliografia*, n. 111].

Un esame generale di tutte le riforme è compiuto dal prof. L. Rosemberg il quale, sotto il titolo « *Semplificazione, rafforzamento, acceleramento della procedura* » (pagg. 59-80) passa in rassegna le più notevoli innovazioni, raggruppandole in tre paragrafi corrispondenti ai tre scopi enunciati nel titolo.

Corrispondono secondo il R. allo scopo della *semplificazione* la disposizione che nella discussione orale permette alle parti concordi di riferirsi alle scritture senza leggerle (§ 137), le nuove norme sulla tenuta del registro d'udienza (§§ 163 e 163 *a*) e sulle notificazioni (§ 212 *a*; § 317) e la disposizione del § 377 che permette in certi casi ai testimoni di rispondere per iscritto anziché oralmente all'udienza. Il R. approva anche la disposizione del § 287 che estende a tutte le liti patrimoniali in cui sia controverso l'ammontare di un credito la procedura abbreviata di stima finora riservata alle sole azioni per danni; e approva altresì l'abolizione di quelli articoli che finora impedivano di proporre le impugnative prima della notificazione della sentenza. Sull'introduzione del procedimento preparatorio dinanzi a giudice unico il R. si rimette alla relazione speciale sull'argomento: dubita infine della bontà del § 313, che permette di sostituire nelle sentenze alla narrativa dei fatti per esteso un semplice rinvio agli atti di causa.

Come indirizzate a favorire il *rafforzamento* della procedura, il R. considera tutte le disposizioni che costituiscono accrescimento dei poteri del giudice a scapito dei poteri delle parti: la disposizione del § 139 che fa obbligo al presidente nella trattazione orale di richiamare le parti e di discuter con loro non solo sui fatti, ma anche sulle questioni di diritto, e la connessa disposizione del § 264, che dichiara ammissibili le variazioni della domanda in quanto il tribunale le ritenga utili alla causa; il maggior rigore con cui il § 141 regola la comparizione personale delle parti, a carico delle quali è stabilito un vero e proprio obbligo (non più soltanto un onere) di comparizione, sanzionato dalle stesse pene stabilite per la mancata comparizione dei testimoni; tutte le disposizioni che, riducendo al minimo l'impulso delle parti, escludono che il loro semplice accordo possa bastare a far prorogare un termine (§ 224) o a far rinviare l'udienza (§ 227) o a produrre la sospensione del procedimento (*Ruhe des Verfahrens*, § 251), richiedendosi d'ora innanzi che in tutti questi casi sia necessario il comando del giudice. Sulla bontà di queste ultime disposizioni il R. si dimostra molto dubbioso (cfr. in genere su questo argomento le argute osservazioni di Stein, nella relazione precedentemente citata, pag. 74).

In relazione al fine dell'*acceleramento*, il R. raggruppa per ultimo quelle disposizioni che mirano alla concentrazione dell'istruttoria: se

nella trattazione orale una parte non può dichiararsi su una affermazione avversaria perché non le è stata comunicata in precedenza, può esserle accordato, per evitare un rinvio dell'udienza, un termine per dichiararsi in iscritto (§ 272 *a*); se il tribunale richiede che certi punti abbiano bisogno di essere chiariti, può invitare le parti a dichiararsi sui punti controversi entro un certo termine: se la dichiarazione è data dopo la scadenza del termine, il tribunale può non tenerne conto (§ 279 *a*); mezzi di attacco o di difesa prodotti in ritardo possono esser respinti quando il tribunale ritenga che l'indugio è stato fatto a scopo dilatorio (§ 279: cfr. § 278 sull'onere delle spese in casi simili). Ad accelerare il procedimento serve anche l'importantissimo istituto del procedimento preparatorio dinanzi al giudice singolo (§ 348 e segg.). Altre disposizioni esaminate dal R. in questo paragrafo riguardano la competenza (§ 276, § 512 *a*), il mutamento di domanda (§ 264, § 529), la decisione della lite « allo stato degli atti », in relazione anche alla contumacia (§ 251 *a*).

Il giudizio del R. sulle singole disposizioni non è, in massima, sfavorevole; ma nel complesso egli rileva che questa riforma introduce nella legislazione processuale germanica principî che sono in netta antitesi con quelli a cui essa si ispirava finora: e siccome le modificazioni ora introdotte lasciano in piedi gran parte delle disposizioni finora vigenti, ne nasce nello stesso ordinamento una coesistenza di principî contraddittorî che distrugge la armonia e la omogeneità del processo.

Giudizio anche più nettamente sfavorevole alla riforma considerata nella sua totalità è quello del prof. H. Lehmann, in una relazione intitolata « *La riforma del processo civile e l'idea di Stato di diritto* » (pagg. 30-58): partendo dal concetto di azione come diritto alla tutela giuridica e ispirandosi ai noti scritti di R. Schmidt nei quali si dimostra che questo diritto del cittadino sarà tanto meglio garantito, quanto più sicuramente saranno *a priori* determinate le condizioni del suo esercizio e del suo soddisfacimento, sicché il cittadino possa anticipatamente prevedere con certezza quale sarà lo svolgimento del processo e quale il suo esito, il L. si domanda se la nuova riforma corrisponda a questo requisito di « prevedibilità » processuale di cui parla lo Schmidt, ed in genere a quella precisa determinazione di diritti e doveri ed a quella sicurezza della sfera individuale dell'arbitrio dello Stato, che è la base del cosiddetto « Stato di diritto ». Il L. non si dissimula che le ultime riforme processuali germaniche, sia per aver aumentato notevolmente i poteri discrezionali del giudice, sia per aver distrutto in più punti la omogenea rigidezza del procedimento sostituendovi una più elastica variabilità di forme, aprono una breccia nella sfera di libertà del cittadino e costituiscono una

menomazione dei suoi diritti; ma osserva d'altra parte che, mentre una tale menomazione sarebbe del tutto da respingere quando significasse una estensione del potere discrezionale del giudice in ciò che concerne il contenuto della sentenza, per ciò che riguarda il processo l'interesse del cittadino alla sicurezza e alla « prevedibilità » del suo andamento deve avere un valore relativo, in quanto deve trovare un limite nell'interesse dello Stato alla celerità dei giudizî ed alla adattabilità delle forme ai supremi scopi della giustizia. Per tali considerazioni il L. non disapprova le disposizioni dell'ordinanza 13 febbraio 1924 che aumentano i poteri del giudice nella direzione del processo o trasformano l'impulso di parte in impulso d'ufficio, o quelle che danno al giudice la facoltà di frustrar le manovre dilatorie, o che limitano in alcuni casi di evidente utilità il principio della oralità, il quale, se significa, per adoprar le parole del WACH, « vita, mobilità, adattabilità, verità », non può esser considerato come un dogma inviolabile in ogni caso. Nettamente contrario invece si dichiara il L. a quelle disposizioni dell'ord. 22 dicembre 1923 che permettono alle parti di rinunciare d'accordo alla trattazione orale, o di rimettersi all'« arbitrato giudiziario » prescindendo dall'osservanza del diritto processuale; queste innovazioni, che danno alla volontà delle parti il potere di sostituire al processo orale il processo scritto, ed al processo regolato dalla legge il processo rimesso all'arbitrio del giudicante, sacrificano alla semplificazione del procedimento la sicurezza dei diritti delle parti e distruggono le barriere che un lavoro di secoli aveva anche nel campo giudiziario inalzato tra i diritti dell'individuo e la onnipotenza dello Stato. In conclusione, mentre il L. non è sfavorevole a qualche disposizione dell'ord. 13 febbraio 1924, egli giudica in complesso che la riforma viola il concetto di « Stato di diritto », in quanto essa importa la distruzione del procedimento unico e la sua sostituzione con una pluralità di procedimenti che diminuiranno così nelle parti come nei giudici la certezza e il sentimento del diritto. La conclusione del L. è rafforzata da una breve correlazione di RICCARDO SCHMIDT (pagg. 45-58), che, per l'autorità dello scrittore e per la vigoria dello stile a lui consueta, costituisce uno degli scritti più interessanti di questo volume. Lo SCH. fa della attuale procedura germanica una descrizione catastrofica; lasciando da parte l'arbitrato privato e il procedimento obbligatorio di conciliazione nonché i procedimenti speciali, oggi in Germania coesistono almeno sette procedimenti diversi: le parti possono scegliere tra il procedimento regolato della legge e l'« arbitrato giudiziario », svincolato da ogni osservanza di forme; se preferiscono il procedimento regolare, possono ancora scegliere tra procedura scritta e procedura orale; dinanzi agli organi collegiali, dipende dal presidente assegnar subito la causa al collegio,

o assegnarla al giudice singolo per la istruttoria; e in quest'ultimo caso dipende dalle parti se questo giudice si debba limitare alla sola fase preparatoria o se debba decidere anche il merito. La conseguenza è che non esiste più un procedimento legale, perché la legge ha abbandonato il procedimento in balìa dei giudici e degli avvocati, togliendo al cittadino ogni sicurezza di posizione giuridica difronte agli organi della giustizia: e avremo d'ora innanzi nel diritto processuale il « sistema della mancanza di sistema »!

Altre relazioni concernono singoli punti della riforma. Il prof. LENT (pagg. 80-85) esamina specialmente il procedimento obbligatorio di conciliazione, e il procedimento preparatorio dinanzi al giudice singolo; e parallelamente il prof. WEISS dell'Università di Praga riferisce (pagg. 86-101) le modalità con cui si svolge nel diritto austriaco il procedimento di conciliazione e la udienza preliminare (*Vortermin*): interessantissime notizie lo stesso relatore dà sulla istituzione austriaca degli ispettori giudiziari (*Gerichtsinspektoren*), mediante i quali si potè ottenere che in Austria il processo orale fosse applicato nella sua purezza senza degenerare a poco a poco, per debolezza di giudici o per pigrizia di avvocati, in un processo scritto senza concentrazione e senza immediatezza.

Sulle riforme relative ai mezzi d'impugnativa riferiscono, infine, in senso prevalentemente sfavorevole, il prof. PAGENSTECHER (pagg. 102-118) e il prof. MENDELSSOHN BARTHOLDY (pagg. 118-122), della cui relazione demmo già cenno nel numero precedente di questa *Rivista*.

In complesso, dunque, l'accoglienza fatta dalla scienza processuale tedesca alle riforme appare tutt'altro che benevola: l'opinione dei processualisti trovasi consacrata alla fine di questo volume in un ordine del giorno di netta disapprovazione, firmato dalla gran maggioranza dei componenti l'« Unione ». Appaiono dissenzienti dall'ordine del giorno soltanto NUSSBAUM e HEINSHEIMER, il quale ultimo approva il procedimento preparatorio dinanzi al giudice singolo e la sostituzione di molti tipi mobili di procedimento, lasciati alla scelta delle parti o del giudice, alla rigidezza di un unico tipo di processo sprovvisto di adattabilità e di elasticità.

VIII

L'OPERA DI FRANCESCO KLEIN E IL PROCESSO CIVILE AUSTRIACO (*)

Francesco KLEIN, il geniale artefice del processo civile austriaco, ha compiuto il 24 aprile 1924 il settantesimo anno: e tale ricorrenza è stata celebrata colla pubblicazione di un numero speciale della *Gerichts-Zeitung* di Vienna, al quale hanno collaborato giuristi austriaci e germanici con scritti che, in gran parte, hanno attinenza coll'opera del festeggiato e specialmente con quella da lui svolta nel campo processuale.

Il primo articolo, « *Francesco Klein - La sua vita e la sua opera* » scritto dal dott. FEDERICO ENGEL, presidente del tribunale di commercio di Vienna, mostra quanto sia stata larga e fruttuosa la traccia lasciata dall'insigne giurista nelle più svariate regioni del diritto e della politica; ma soprattutto da questo primo articolo, come da altri che riassumono la biografia del KLEIN, appare che l'opera sua più importante e più originale fu quella riforma del processo civile, che egli solo, con le sue sole forze, seppe concepire ed attuare, dando ancora una volta ragione all'insegnamento dell'UNGER, il quale diceva che una buona legge deve esser creazione omogenea di un solo intelletto, e non prodotto ibrido della collaborazione di molti. Tutta la vita del KLEIN, fin dai suoi primi lavori giovanili, appare guidata dal proposito, che quand'egli si mise in cammino poteva apparir temerario, di dare all'Austria una legge processuale basata sul principio dell'oralità. « Mezzo secolo è passato — scrive uno dei collaboratori di questo numero speciale, il BUM — da quando un giovane dalla testa calda, senza appoggi, sconosciuto a quasi tutti i ceti, si mise in mente di diventare il riformatore della procedura civile austriaca ». Da allora egli, con un apostolato instancabile di decennî, seppe a poco a poco vincere di gradino in gradino le diffidenze dei burocrati attaccati alle

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. II, 1925, P. I, pagg. 80-83]. [*Bibliografia*, n. 117].

tradizioni, la neofobia degli avvocati esercenti, il pessimismo dei pigri sistematicamente ostili ad ogni miglioramento che richieda per essere attuato un po' di fatica: cominciò a preparar la riforma con una serie di scritti ormai divenuti classici (*La colpa nell'attività della parte*, 1885; *Pro futuro*, 1891; *Tipi di oralità*, 1894); e quando, essendo riuscito a farsi largo non solo con la superiorità della sua dottrina ma anche con la forza della sua fede, raggiunse il seggio di ministro della giustizia, il suo progetto, creato interamente da lui e per questo costituente una architettura armonica anche nei più minuti dettagli, potè diventare integralmente quella legge di procedura di cui dal 1895 l'Austria va giustamente fiera. Ma il riformatore, appena raggiunta la meta, non pensò che il suo compito fosse finito: ché negli anni successivi egli volle essere dalla cattedra il commentatore della sua legge (le sue *Lezioni sulla pratica del processo civile* sono del 1900 e del 1901 lo scritto *Tendenze del tempo e dello spirito nel processo*) e soprattutto il vigile custode della integrità del nuovo ordinamento, che egli, con una assidua vigilanza sui tribunali e specialmente colla felicissima istituzione degli ispettori giudiziarî (1), seppe salvare, nel critico periodo della prima applicazione, dal pericolo dell'imbastardimento. Nobile figura di apostolo, questa di Francesco KLEIN; al quale ci è caro inviare anche da questa *Rivista* il nostro saluto, poiché coloro che, come lui, hanno dedicato tutte le loro forze spirituali al culto del diritto ed a perfezionare gli strumenti attraverso i quali gli uomini cercano di realizzare sulla terra l'idea della giustizia, non sono glorie di una sola patria. Certamente chi consideri come il KLEIN sia riuscito in due decennî, colla sola sua appassionata costanza, ad attuare in regime parlamentare un rinnovamento così radicale nell'ordinamento della giustizia del suo Paese e ad ottenere nella realtà un così perfetto funzionamento della sua riforma, da far considerare il periodo che va dal 1895 al 1910 come l'« età eroica » del processo austriaco, è tratto a vedere in questo trionfo qualcosa di quasi miracoloso; ma anche con maggior meraviglia, dopo trent'anni da quando la riforma è stata attuata, si apprende, dalla concorde attestazione degli scrittori di questo numero gratulatorio, che l'opera processuale di KLEIN resta ancor oggi ferma nei suoi capisaldi, e che essa ha saputo sostenere la prova del fuoco del tormentoso periodo bellico e postbellico, senza che le superficiali riforme provvisorie rese necessarie dalla crisi economica abbiano potuto intaccare la sua struttura. « Essa — scrive l'ENGEL — ha sostenuto vittoriosamente tutte le prove ed anche nei tempi più difficili e nelle condizioni più sfavorevoli essa si è di-

(1) Cfr. lo scritto del WEISS, riassunto in *Rivista dir. proc. civ.*, 1924, 1, pag. 368.

mostrata come la legge eccellente che noi, da principio avevamo compresa e ammirata »; e a prova di queste affermazioni, egli riferisce (a pag. 111 in nota) alcuni dati tolti dalla statistica giudiziaria del 1923, i quali dimostrano che il perturbamento apportato dalla guerra anche nell'amministrazione della giustizia civile austriaca è quasi interamente superato, tantoché per la durata media dei processi e per la percentuale delle impugnative tornano ad aver vigore cifre statistiche molto vicine a quelle così confortanti dell'anteguerra.

Per intendere a pieno il valore dell'opera del KLEIN è anche molto istruttivo l'articolo del dott. HELLMER, consigliere della Corte di Vienna, intitolato « *Il processo civile di Francesco Klein e l'odierno processo austriaco* », il quale passa in rassegna le parziali riforme apportate alla legge processuale civile dal 1914 ad oggi. Numerose sono state anche in Austria le leggi emanate in materia processuale in quest'ultimo periodo, tutte quante, in sostanza, inspirate a mettere in armonia le regole della competenza per valore colle fluttuazioni della valuta e ad introdurre semplificazioni ed accelerazioni di procedura atte a rimediare in qualche modo al soverchio aggravio dei tribunali prodotto dalla crisi bellica. Quattro di queste leggi sono conosciute nella pratica col nome di Novelle per lo sgravio dei tribunali (*Gerichtsentlastungsnovellen*), distinta l'una dall'altra con un numero d'ordine progressivo: esse portano rispettivamente la data del 1° giugno 1914, 18 marzo 1920, 2 dicembre 1921, 17 luglio 1922; altre due sono conosciute col nome di Novelle sul valore delle liti (*Streitwertnovellen*), in data 31 maggio 1919 e 21 dicembre 1923; vi è poi una Novella sul processo esecutivo dell'11 luglio 1922, e altre leggi contenenti provvisorie modificazioni della procedura in materie speciali, come sarebbero, ad esempio, le norme per le controversie sugli affitti. Il dott. HELLMER non fa di questa frammentaria legislazione processuale, che la guerra ha fatto crescere come una flora parassitaria sul quadrato edificio costruito dal KLEIN, un minuzioso esame esegetico (2); ma le riassume da un punto di vista critico, e giudica che tutte le volte in cui queste provvisorie riforme, invece di limitarsi a introdurre mere semplificazioni formali o a variare con un puro calcolo aritmetico i limiti della competenza per valore (3),

---

(2) Per il quale cfr. HERMANN, *Die Zivilprozessnovellen*, Wien, 1923; COULON, *Die Zivil-und Zivilprozessgesetzgebung in Österreich*, in *Rhein. Zeits.*, IX, pag. 193 e segg.; X, pag. 252 e segg.; XIII, pag. 341 e segg.

(3) Attualmente, per la Novella 21 dicembre 1923, sono considerate come cause bagatellari tutte quelle il cui valore non superi le 300.000 corone; la competenza dei giudici distrettuali arriva fino a 15.000.000 di corone; e fino a 25.000.000 di corone la competenza del giudice unico presso i tribunali.

hanno tentato di spingersi a modificare i principî basilari della legge del 1895 (ciò sarebbe avvenuto, secondo il H., nella sostituzione del giudice unico al collegio anche presso i tribunali per le liti non superanti un certo valore; nella limitazione dei mezzi di impugnativa; nella disposizione, introdotta dalla Nov. del 17 luglio 1922, che abolisce nel tenore della sentenza la separazione tra le premesse di fatto (*Tatbestand*) e i motivi della decisione; ecc.) — in tutti questi casi le riforme « sono state soltanto un peggioramento, del quale è augurabile la correzione con un sollecito ritorno all'antico ». E la critica si chiude « colla speranza che presto sia liberato da ogni disarmonica superfetazione l'edificio monumentale creato da un giurista, il cui pensiero è stato educato alla scuola del diritto romano oggi a torto misconosciuto. Ciò sarebbe non solo nell'interesse della fama del nostro diritto processuale, ma anche nell'interesse della giustizia, che ha bisogno di una legge completa in sé e non di una rappezzatura di norme senza intima coesione, nate da tendenze del momento, spesso contraddittorie, e da influssi politici ».

Diversi scritti di questo numero speciale trattano argomenti attinenti alle recenti riforme del processo civile. Non possiamo soffermarci su un articolo riassuntivo di HEINSHEIMER (*Il nuovo processo civile germanico*), le cui idee in materia furono già largamente riassunte in questa *Rivista* (I, 1, pag. 369 e segg.), né sulle trattazioni monografiche di MENDELSSOHN-BARTHOLDY (*La conciliazione obbligatoria*) e di PAGENSTECHER (*Per la interpretazione del § 229 ZPO*), che approfondiscono punti speciali. Può avere invece un notevole interesse ciò che sulla riforma germanica scrive un giurista di Vienna, l'avvocato BUM, il quale, esaminando quella riforma con mentalità austriaca, la considera come un decisivo passo del processo germanico verso le idee di FRANCESCO KLEIN, e come un pieno riconoscimento, tanto più significativo quanto più tardo, dei grandi vantaggi che il sistema processuale austriaco presenta su quello finora vigente in Germania. È veramente singolare che, mentre i processualisti germanici — come già sanno i lettori di questa *Rivista* (I, 1, pag. 365) — sono quasi tutti contrarî alle recenti riforme del loro ordinamento processuale, dalle quali essi ritengono che siano stati inferti gravi colpi al sistema del processo orale, in Austria, dove l'oralità vige ormai da un trentennio nella sua forma più energica e più rigorosa, si considerino le riforme germaniche come una vittoria di quel complesso di principii che vanno appunto sotto il nome di oralità. La ragione di questa disparità di giudizio deve trovarsi, a nostro avviso, in questo: che secondo l'esperienza dei giuristi austriaci, le disposizioni più caratteristiche e più pregevoli del processo orale creato dal KLEIN sono quelle che mirano o concentrare il procedimento e a dare al giudice i poteri necessarî

per impedire le manovre dilatorie dei litiganti e dei loro patrocinatori. Tra le varie sfaccettature presentate da quel poliedrico sistema processuale che solo per brevità di espressione s'usa intitolare all'oralità, gli austriaci danno importanza soprattutto al lato della concentrazione; e siccome le ultime Novelle germaniche, con una serie di disposizioni che aumentano i poteri del giudice a danno dell'impulso di parte (abolizione dei rinvii concordati, potere dato al giudice di non tener conto delle produzioni tardive, ecc.), hanno inteso appunto a concentrare il procedimento, appar naturale che queste riforme, condannate in Germania dalla maggioranza della dottrina, siano apparse in Austria come un tardivo omaggio reso al programma di Francesco Klein.

IX

IL PROCESSO CIVILE IN SVEZIA E IN FINLANDIA (*)

Nella bella collezione, curata dai professori WACH, KISCH, MENDELSSOHN-BARTHOLDY e PAGENSTECHER, che si intitola « *Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaten* (ed. Bensheimer, Mannheim), è uscito recentemente, dopo il primo volume di HEUSLER dedicato al processo svizzero (recensito in questa *Rivista*, 1924, 1, 350 e seguenti), il secondo volume dedicato al diritto processuale civile della Svezia e della Finlandia (1); ne è autore il prof. WREDE, già presidente della suprema Corte finlandese, il quale è riuscito a darci in meno di 400 pagine di nitidissima stampa un quadro chiaro, armonico, esauriente di due legislazioni processuali, che, quantunque abbiano comune l'origine e in parte lo svolgimento storico, presentano però notevoli punti di divergenza, tali da aumentare le difficoltà e da accrescere insieme il merito di chi ha saputo vincerle, del coordinamento in un'unica esposizione sistematica.

Gli ostacoli che il WREDE ha dovuto superare nel condurre a termine questa sua esposizione appaiono tanto più gravi quando si pensi che né la Svezia né la Finlandia hanno una legislazione processuale corrispondente ai progressi della dottrina moderna: il testo fondamentale del processo civile continua ad essere infatti nei due Stati il Codice generale del 1734, raccolta di disposizioni raggruppate senza alcuna architettura sistematica, e redatte in forma semplice e popolare, riproducente lo stile ingenuo della più antica legislazione svedese. Da quel tempo numerose riforme parziali si sono sovrapposte al Codice, e molto ha progredito, soprattutto per influsso della legislazione e della dottrina tedesca, la giurisprudenza dei tribunali; ma insomma la base legislativa resta anche oggi una codificazione vecchia di quasi due secoli, che rappresenta lo sviluppo diretto e fisiologico — non turbato qui da sovrapposizioni straniere, quale fu, in Germania, la

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. II, 1925, P. I, pagg. 240-247]. [*Bibliografia*, n. 125].

(1) WREDE, *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands* (1924).

recezione del diritto romano — del primitivo diritto consuetudinario comune agli antichi popoli di razza germanica.

Dello sviluppo storico del processo svedese e finlandese offre un incisivo profilo la *Introduzione* (« *Prospetto storico - Fonti giuridiche* »), la quale fa subito notare che il diritto svedese, anche quando dal primitivo stadio consuetudinario si è venuto fissando in leggi scritte, ha mantenuto sempre un carattere popolare, poiché, anche quando si è stabilita in Svezia la monarchia, il popolo non ha mai cessato di prender parte direttamente alla legislazione; cosicché, attraverso questa mai interrotta continuità legislativa, il diritto svedese ha conservato anche oggi, nella sua forma antiquata, il contatto collo spirito delle classi popolari. Conquistata la Finlandia dagli Svedesi nei secoli XII e XIII, il diritto svedese di origine germanica si sovrappose senza lotta ai rozzi istituti giuridici di origine finnica che vigevano nel paese: così, a partire dal XIV secolo, anche per la Finlandia il diritto svedese ha assunto carattere nazionale, e quando nel 1809 la Finlandia fu superata dalla Svezia per essere unita alla Russia, potè mantenersi fedele, in quella specie di autonomia che le fu concessa, alla tradizione svedese, la quale, quantunque abbia ricevuto notevoli limitazioni e modificazioni in un secolo di dominio russo, è tornata a prevalere dopo che la Finlandia, in seguito alla guerra mondiale, è diventata uno Stato indipendente.

Dal più antico stadio del processo svedese, nel quale il potere giudiziario era esercitato in ogni circoscrizione dall'assemblea dei liberi sotto la presidenza di un *Häradshövding* (*Richter*), con una procedura strettamente orale e formalistica, di struttura tipicamente germanica (diritto alla prova, *Beweisurtheil*, giuramento, giudizio di Dio, ecc.), una lenta ma continua evoluzione si venne a poco a poco compiendo col progredir della civiltà, per influsso del cristianesimo e del diritto canonico applicato nei tribunali ecclesiastici, e soprattutto per influsso della giurisdizione d'appello esercitata dal re, alla quale risale l'origine della pluralità delle istanze, e, attraverso l'uso dei tribunali regi, l'introduzione della rappresentanza giudiziaria e della scrittura. Il diritto probatorio, da rigidamente formalistico, venne sempre meglio adattandosi allo scopo di convincere la coscienza del giudice. Tribunali cittadini (*Rathausgerichte*) si istituirono nelle amministrazioni locali delle città, differenziati dai tribunali rurali (*Häradsgerichte*), ai quali, sotto la presidenza di un rappresentante del re, prendeva parte la giuria popolare detta *Nämnd*, che, con una evoluzione simile a quella della *inquisitio per bonos homines* studiata dal Brunner, da mezzo di prova si era trasformata in organo giudicante. Al disopra di questi tribunali di prima istanza fu istituita prima una Corte regia, con funzioni d'appello; poi, quando le Corti regie

divennero più d'una, al disopra di esse funzionò come organo di terza istanza un Tribunale supremo.

Il resultato di questa evoluzione si trova fissato nel Codice del 1734: dopo il quale così in Svezia come in Finlandia il perfezionamento del processo continua, più che attraverso gli scarsi ritocchi legislativi, attraverso l'assiduo lavoro di adattamento compiuto dalla prassi giudiziaria.

Alla fine di questa *Introduzione*, il W. dà un elenco delle più importanti fonti del diritto processuale oggi vigente in Svezia e in Finlandia, e una rassegna della letteratura processualistica dei due Paesi, non molto ricca, e dominata, in questi ultimi decennî, dall'influsso della scienza germanica.

* * *

Dopo aver letto questa succosa *Introduzione*, la quale ci presenta il processo svedese e finlandese come un ordinamento immune da infiltrazioni straniere, restato fuori da quella fusione di elementi romani e germanici da cui sono scaturite le moderne legislazioni processuali europee, si prova un certo senso di meraviglia, quando, dalla lettura dei capitoli successivi, questo processo ci appare assai meno distante dal nostro di quanto il suo sviluppo storico appartato e legislativamente arretrato ci faceva presentire. Possiamo leggere in questo libro interi capitoli in cui non ci avviene di ricordare neppure una volta la primitiva originalità del processo qui descritto, e in cui l'eco delle dottrine tedesche è così viva e continua da farci credere che il processo oggi vigente in Svezia e in Finlandia sia il resultato di quella stessa preparazione scientifica di cui sono nate in Europa le legislazioni processuali più progredite. La ragione di questa apparente modernità dev'esser ricercata soprattutto nel metodo della esposizione: il W., non trovando nella letteratura svedese e finlandese una indipendente elaborazione sistematica della legislazione processuale nazionale, ha dovuto servirsi del sistema elaborato dai processualisti tedeschi, e ha dovuto perciò, nel descrivere istituti basati su una legislazione di due secoli fa, tradurli, per così dire, in linguaggio scientifico moderno, integrando larghe zone, che le vecchie leggi svedesi e finlandesi lasciano senza disposizioni, con aggiunte tolte da quella preparazione dottrinaria che è ormai patrimonio comune agli studiosi di tutti i Paesi. Così questo libro, in corrispondenza col suo scopo che è quello di darci una descrizione dogmatica, non una ricostruzione storica del processo oggi vigente in Svezia e in Finlandia, raggruppa la materia secondo un sistema che non è quello da cui è scaturita la legislazione qui commentata; fa, insomma, se ci è lecito il paragone, come chi, dovendo ricostruire un antico edificio colle

stesse pietre di cui questo si componeva prima della rovina, disponesse le vecchie pietre secondo le linee di un disegno architettonico moderno: non sempre i vecchi materiali si adatterebbero alle esigenze della nuova architettura, e sarebbe difficile nascondere tra pietra e pietra le fresche traccie del recente restauro.

* * *

Il volume, dopo l'*Introduzione*, di cui ho parlato già, si divide in undici capitoli, che rispettivamente s'intitolano: I. - *Processo civile e diritto processuale civile;* II. - *I tribunali;* III. - *Le parti; i loro rappresentanti e i loro difensori;* IV. - *Oggetto e presupposti del processo civile;* V. - *Gli atti processuali;* VI. - *Il procedimento di prima istanza;* VII. - *La prova;* VIII. - *La sentenza e il suo effetto;* IX. - *I mezzi di impugnativa;* X. - *I procedimenti speciali;* XI. - *L'esecuzione.* Vi ha poi un'appendice che tratta delle spese del giudizio e contiene alcune considerazioni conclusive.

Di questi capitoli, scritti tutti quanti con tale una sobria semplicità di stile e con tale un senso di opportunità nella scelta delle questioni, da fare di questo volume un vero modello di chiarezza didattica, i più istruttivi sono quelli nei quali l'A. ha potuto più soffermarsi a descrivere gli istituti positivi del processo svedese e finlandese, senza attingere alla dottrina tedesca. Specialmente interessante è, da questo punto di vista, il capitolo II nella parte dedicata all'ordinamento giudiziario; nel quale non appare attuata in modo completo come da noi la distinzione subiettiva tra organi giurisdizionali e organi amministrativi, in quanto i Tribunali cittadini di prima istanza (*Rathausgerichte*) son costituiti da una sezione del consiglio comunale presieduta dallo stesso borgomastro che è a capo dell'amministrazione della città e in quanto tutte le funzioni relative all'esecuzione sono affidate a organi amministrativi (cfr. pagg. 49, 55, 328). Notevole è anche che tutti i Tribunali di prima istanza, cittadini o rurali, sono costituiti collegialmente con partecipazione di giudici popolari; questo avviene in forma caratteristica nei tribunali rurali (*Häradsgerichte*) dove, sotto la presidenza dell'*Häradshövding* (nominato in Svezia dal re, in Finlandia dal Tribunale supremo) siede un collegio di giudici popolari, (*Nämnd*), eletti tra gli abitanti del distretto, i quali compensano la loro impreparazione giuridica colla diretta conoscenza degli usi locali e degli interessi economici che sono in giuoco nella lite: i componenti del *Nämnd*, il cui numero varia secondo i luoghi e secondo le cause, hanno tutti insieme un solo voto, il quale prevale su quello del presidente quand'essi sono unanimi, mentre quando sono discordi avviene il contrario. Anche nei Tribunali cittadini, la cui composizione varia da luogo a luogo, si hanno assai spesso, accanto ai membri

giuristi di nomina governativa, membri elettivi non giuristi: per la trattazione di certe speciali categorie di liti (controversie marittime, commerciali, industriali) il collegio stabile si rafforza coll'aggiunta di membri esperti nella materia (pag. 56). I componenti delle Corti superiori e del Tribunale supremo hanno invece sempre il carattere di magistrati stabili, forniti di speciale preparazione giuridica (pag. 60), nominati in Svezia dal re e in Finlandia dal presidente della repubblica. In Svezia, in seguito a una legge del 22 giugno 1923, anche le donne sono parzialmente ammesse negli uffici giudiziarî (pag. 60).

Questa organizzazione giudiziaria conserva, come si scorge anche dai pochi cenni che ho dati, molti caratteri arcaicizzanti, residui dell'ordinamento primitivo. Lo stesso fenomeno si nota nell'ordinamento dell'avvocatura, la quale in Svezia e in Finlandia non è ufficialmente regolata. Le parti, le quali di regola possono difendersi da sé, hanno altresì facoltà di farsi rappresentare e difendere da qualsiasi persona di loro fiducia, anche sprovvista di speciale preparazione giuridica; e quantunque una legge del 10 marzo 1749 abbia prescritto a coloro che vogliono esercitare l'avvocatura di farsi abilitare da un tribunale, in realtà questa disposizione è andata in disuso, specialmente per mancanza di organi professionali che ne sorveglino l'applicazione. Esistono, è vero, libere associazioni di avvocati che esercitano una certa sorveglianza sui professionisti; ma poiché esse non hanno poteri disciplinari riconosciuti dalla legge, e poiché l'esercizio professionale non è condizionato all'appartenenza a queste associazioni, il loro influsso è per forza assai limitato. Ogni distinzione tra rappresentanti e difensori, come separati ordini professionali, è sconosciuta (pagg. 66-68; 99-106).

* * *

Tra gli altri capitoli del libro hanno speciale interesse, per la conoscenza del diritto positivo svedese e finlandese, quelli che trattano delle prove, del procedimento e dei mezzi di impugnativa.

In quanto alle prove, abbiamo già accennato come, mentre nel primitivo processo svedese queste avevano natura puramente formale, a poco a poco esse si trasformarono in mezzi per accertare la verità dei fatti controversi; ma il Codice del 1734 non giunse fino ad accogliere il principio della libera valutazione e si fermò al sistema della « prova legale », che tuttora ha nel processo svedese e finlandese larga applicazione. Il sistema però non fu spinto fino alle sue ultime conseguenze, e in molti casi anche per opera della pratica giudiziaria, fu lasciato l'adito al libero apprezzamento del giudice, il che appare specialmente nella valutazione dei documenti e nella perizia (pagg. 211-212). Il sistema della prova legale ha largo campo specialmente nella

disciplina della testimonianza; sia per i numerosi casi di incapacità, generale o speciale, stabiliti dalla legge, sia per la valutazione delle deposizioni, in relazione alla quale vige il principio che la concorde dichiarazione di due testimoni fa piena prova (pagg. 238-246). Il giuramento probatorio, che nel primitivo processo svedese aveva per oggetto la pretesa giuridica fatta valere in giudizio, verte oggi sul fatto, ed è di regola deferito dal giudice o alla parte che contesta un fatto che l'avversario, gravato dall'onere della prova, non è riuscito a provar pienamente (*värjemalsed: jus. purgatorium*) o alla parte gravata dall'onere della prova che afferma un fatto di cui non è riuscita a dare la prova piena con altri mezzi (*fyllnadsed: jus. suppletorium*). Il giuramento decisorio deferito da parte a parte ha scarsa applicazione: e in ogni caso vi si può ricorrere soltanto se colui al quale è deferito vi consente (pagg. 233-238).

Il procedimento di prima istanza, il quale si inizia coll'atto di citazione, autorizzato e sottoscritto dal presidente del tribunale (in Finlandia è ammessa, per le cause di minor valore, la citazione orale, (pag. 180) e notificato da appositi funzionarî (pag. 150), è semplice e prevalentemente orale (cfr. pagg. 44-46): non vi è separazione di stadî processuali destinati con effetto preclusivo a scopi diversi (trattazione sui presupposti processuali e trattazione sul merito), né procedimento preparatorio nella forma dell'« udienza preliminare » austriaca o in altra forma (pag. 191). Nell'udienza fissata dall'atto di citazione le parti compaiono dinanzi all'intero collegio e alla domanda dell'attore (*Käromal*) il convenuto contrappone la sua risposta (*svaromal*). Ciò avviene, di regola, oralmente (pag. 186); ma quando il tribunale ritiene che la domanda e la risposta in forma orale non siano chiare e complete, può ordinare alle parti di ridurle in forma scritta e rinviare a tale scopo il dibattimento. Le parti hanno altresì facoltà di proporre fin da principio in scritto le loro ragioni; in questo caso, e nel caso in cui le parti si siano fatte rappresentare da mandatarî, il tribunale può sempre ordinare la loro comparizione personale. Alla prima udienza può seguire un rinvio per lo scambio di scritture defensionali, in numero determinato dal tribunale; il dibattimento orale, che si svolge sotto la direzione del presidente, il quale può con opportune interrogazioni invitar le parti a chiarire le rispettive ragioni, può esser diviso in più udienze, ma vien chiuso dal tribunale quando questo ritenga la causa matura per la decisione. Questo è il procedimento normale di prima istanza, il quale può però diversamente configurarsi secondo le diverse esigenze di ciascuna lite: qualora sia necessario assumere delle prove, ciò si fa in prima istanza dinanzi all'intero collegio, secondo il principio dell'immediatezza (pag. 210); l'istituto del giudice delegato a raccoglier le prove nella stessa sede

del tribunale è sconosciuto. La scrittura e la mediatezza prevalgono invece nelle istanze superiori (pagg. 279, 287). Notevoli divergenze da questo tipo normale di procedimento si hanno nei numerosi procedimenti speciali (pagg. 305-324).

I mezzi di impugnativa — sviluppatisi nel processo svedese in età relativamente tarda — sono distinti in ordinarî e straordinarî (pagg. 267-270). Alla prima categoria appartiene l'appello (*Wad*), il quale si propone dinanzi alle Corti superiori, all'effetto di riesaminare in un *novum iudicium* il rapporto controverso già deciso dal tribunale di prima istanza: questa impugnativa, che si propone allo stesso giudice *a quo* mediante dichiarazione di solito orale (pag. 273), non differisce profondamente dal nostro appello, principalmente perché ammette la deduzione in seconda istanza di nuove difese e di nuove prove (pag. 277). Gli altri mezzi di impugnativa ordinarî sono la revisione e la querela. La prima, colla quale si impugnano dinanzi al supremo Tribunale le sentenze delle Corti superiori, ha la natura di un secondo appello senza esclusione di nuove prove (pag. 287), ed è soltanto limitata a una *summa revisibilis* di 1.500 corone svedesi o di 5.000 marchi finlandesi. La seconda, la quale secondo i casi si può portare così alle Corti superiori come al Tribunale supremo, si distingue in due sottospecie: la querela ordinaria, che serve a impugnare, nei pochi casi in cui ciò è permesso, le decisioni dei tribunali su questioni processuali o su questioni concernenti la partecipazione di terzi alla lite (nella quale ipotesi la querela può essere esperimentata dal terzo interessato); e la querela di nullità, che si porta al giudice superiore a quello di cui si impugna la sentenza, tutte le volte in cui questa appaia viziata da un *error in procedendo*. La querela di nullità assume il carattere di rimedio straordinario, sperimentabile entro un anno *a tempore scientiae*, nel caso in cui la parte soccombente sia stata condannata senza esser citata o in cui la sentenza pregiudichi l'interesse di un terzo (pag. 294).

Sono mezzi di impugnativa straordinarî, non limitati da termine ed esperimentabili soltanto dinanzi al Tribunale Supremo, il *Resning*, che ha il carattere di una *restitutio in integrum* contro una decadenza processuale, e l'*aterbrytande af dom*, con cui si chiede la revocazione del giudicato *ob noviter reperta* (pagg. 300-304).

* * *

Questi pochi cenni sui capitoli più significativi del libro, bastano, a mio avviso, a dimostrare quali sono i caratteri tipici del processo svedese e finlandese, ben lontano dalla perfezione tecnica delle legislazioni processuali moderne, ma assai più vicino di quelle allo spirito delle popolazioni alle quali esso deve servire. Tra i suoi pregi

— scrive il W. nella conclusione dell'opera (pag. 369) — si deve annoverare anzitutto la sua semplicità, che ha messo finora le parti in grado di trattare personalmente le proprie liti, e che, insieme collo spirito di equità che lo informa e colla partecipazione del *Nämnd* ai tribunali, gli ha fortemente impresso il carattere della popolarità. Un altro suo pregio — continua il WREDE — è la oralità applicata normalmente nei giudizî di prima istanza e la conseguente immediatezza.

Questi vantaggi messi in luce con tanta precisione in questo volume — che onora il suo autore e gli iniziatori tedeschi della collezione, alla quale auguriamo di esser rapidamente continuata e completata — appaiono però come inscindibili da quel generale carattere arcaico che il processo svedese e finlandese conserva, come abbiamo visto, in alto grado. Sarebbe pericoloso pertanto trarre da questa legislazione antiquata, che rappresenta uno stadio storico superato dalle legislazioni processuali più moderne, insegnamenti per la riforma del nostro processo. « Un tale procedimento — scrive il WREDE a pag. 45, parlando dell'oralità — può conservare il carattere di oralità esterna, « che lo distingue, solo in una civiltà in cui i rapporti sociali siano « molto semplici. Col progredir dello sviluppo un siffatto procedi- « mento si trasforma facilmente verso il sistema scritto, in quanto le « parti e il loro avvocato, specialmente quando la causa è importante « o complicata, preferiscono redigere in iscritto le loro ragioni. Una « trasformazione in questo senso si è già compiuta nelle città più « grandi. Questo procedimento non può essere dunque conservato ». E nella conclusione (pag. 370): « Questo processo non corrisponde « più alle esigenze dello sviluppo sociale in continuo progresso. La « oralità esterna, che nelle Corti superiori ha già da gran tempo ceduto « il posto al procedimento scritto, minaccia sempre più di ritrarsi « dinanzi alla scrittura anche nei tribunali di prima istanza. La accurata « compilazione del protocollo del tribunale, che, fino a quando questo « forma la base della decisione, è indispensabile, rende prolissa la « trattazione e contribuisce necessariamente ad allungar la durata del « processo. Questo inconveniente, che è da considerarsi come il più « grave dei difetti della giustizia, deriva tuttavia anche da altre « circostanze, di cui la più importante è la mancanza di un proce- « dimento preparatorio ».

Quest'ultima frase credo che possa essere istruttiva anche per la riforma del nostro processo: come può esser istruttivo anche per noi il vedere che il WREDE, pur riconoscendo che il processo svedese e finlandese ha bisogno di esser riformato per corrisponder alle nuove esigenze della progredita civiltà, non prende neppure in esame la convenienza di mutare il sistema della immediatezza, costantemente seguito in prima istanza nell'assunzione delle prove.

X

LA SCIENZA PROCESSUALE ITALIANA ALL'ESTERO (*)

Due libri apparsi in questi ultimi mesi, uno nell'America del Nord ed uno in Ispagna, costituiscono un prezioso riconoscimento dell'importanza mondiale assunta ormai, specialmente per merito di GIUSEPPE CHIOVENDA, dalla scienza processuale italiana: alludo alla *Storia della procedura civile continentale* edita a Boston a cura del prof. ROBERTO WYNESS MILLAR della Northwestern University (*A History of continental civil Procedure*, Boston, 1927, pagg. LXIII-948) e alla traduzione spagnola della *Condanna nelle spese* di GIUSEPPE CHIOVENDA, edita a Madrid a cura del prof. I. R. XIRAU, dell'Università di Barcellona (*La condena en costas*, Madrid, 1928, pag. 593).

* * *

La *Storia* edita dal MILLAR fa parte di una serie (*The Continental Legal History Series*) pubblicata sotto gli auspici della « *Association of American Law Schools* » la quale, allo scopo di offrire agli studiosi americani una larga visione storica e comparativa delle legislazioni del Continente europeo, raccoglie secondo un programma organico, tradotte in inglese e annotate, le più importanti opere scritte in Europa sulle istituzioni giuridiche delle varie Nazioni europee, e specialmente della Germania, della Francia e dell'Italia. Gli intenti che hanno guidato il prof. MILLAR a curare questo volume, che è il settimo della raccolta, sono efficacemente esposti nella prefazione editoriale da lui premessa all'opera: se lo scarso interessamento, che gli studiosi americani hanno avuto nel passato per le istituzioni processuali d'Europa, era dovuto all'erronea credenza che nulla di comune vi fosse tra la procedura inglese-americana e la procedura oggi vigente nel Continente europeo, si deve ormai riconoscere — osserva giustamente il MILLAR — che la formazione di questi due tipi di processo risale ad

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. V, 1928, P. I, pagg. 67-69]. [*Bibliografia*, n. 151].

una comune origine storica, che è quella dell'incontro del diritto romano coi diritti germanici; sicché le differenze che tra esse si riscontrano, dovute soltanto a una diversa « dosatura » degli elementi costitutivi e alla diversa preponderanza dell'uno sull'altro, non escludono che i principî fondamentali siano gli stessi, e che la conoscenza delle legislazioni processuali europee sia indispensabile per gli Americani, non soltanto ad uno scopo puramente scientifico, ma anche allo scopo pratico di preparar la riforma, la quale dovrà per forza anche in America seguir quelle tendenze verso la concentrazione e la semplificazione del processo che già hanno trionfato nelle principali legislazioni europee. In ossequio a tali direttive, il contenuto del volume è così costituito: precede, a guisa di introduzione, la bella memoria scritta dallo stesso MILLAR sui principî fondamentali del processo civile (*Formative Principles of civil Procedure*), che già recensimmo (*Riv. dir. proc.*, 1924, I, pag. 115), quando fu pubblicata a parte nel 1923; seguono tre libri dedicati alla storia del processo europeo, tradotti dal noto manuale dell'ENGELMANN (*Geschichte des Civilprozesses*, Breslau, 1890), coll'aggiunta di una parte, dovuta all'UPPSSTRÖM sulla procedura medievale svedese. Il quarto libro è dedicato alle procedure continentali moderne ed è diviso in quattro parti rispettivamente concernenti la descrizione del processo civile oggi vigente in Germania ed Austria, in Francia, in Italia, in Svezia. Chiude l'opera un'appendice contenente la traduzione del celebre saggio « *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* » di GIUSEPPE CHIOVENDA.

Le trattazioni che compongono il quarto libro, non hanno carattere sistematico né pretese di originalità: poiché l'intento della Raccolta è prevalentemente informativo, il MILLAR ha avuto soprattutto cura di dare per ciascuna legislazione una descrizione esterna del processo, quanto più possibile esatta e fedele: e per far ciò, si è servito in ciascun paese di alcune opere fondamentali, di cui egli stesso ha tradotto e coordinato le parti più interessanti per il suo tema, mettendole al corrente mediante informazioni direttamente attinte da giuristi del luogo. Così la parte che tratta del processo germanico e austriaco è tolta dai lavori storici dell'ENGELMANN e dello SCHWARTZ, coll'aggiunta di due capitoli, uno sul codice germanico del 1877 dovuto al giudice HERRMANN di Breslau, ed uno, notevolissimo, sulla riforma del 1924 dovuto allo stesso MILLAR; la trattazione sul processo francese deriva dal GLASSON (*Histoire du droit* e *Précis*) e da L. v. STEIN (*Gesch. d. franz. Strafrechts u. d. Processes*); la parte relativa al processo svedese è un riassunto della storia dell'UPPSTRÖM, integrata da un capitolo dovuto al prof. ENGSTRÖMER dell'Università di Upsala.

La trattazione sul processo italiano (pagg. 783-832) ha come fonti principali la *Storia* del SALVIOLI, la voce *Forme del procedimento*

civile pubblicata da L. Rossi sul « *Digesto italiano* » e i *Principii* del Chiovenda: non tutte queste fonti hanno, in Italia, lo stesso valore scientifico; ma non si deve dimenticare che questa *Storia* non ha rigorosi intenti dogmatici, e che d'altra parte il capitolo sul processo oggi vigente in Italia è stato scritto per intero dallo stesso Millar, che ha saputo utilizzare in modo assai più vasto tutta la più recente dottrina processuale, fino al Progetto Carnelutti, di cui è cenno in una nota conclusiva a pag. 832.

Questa *Storia della procedura civile continentale*, edita in ricchissima veste tipografica, se non porta — per i suoi stessi dichiarati intenti — contributi originali alla sistematica processuale, è peraltro notevolissima anche per gli studiosi europei, sia per il vasto inquadramento in cui essa coordina, con criterî omogenei, gli istituti processuali dalle varie legislazioni europee, sia per il continuo confronto che, nel testo e nelle note, il traduttore fa tra il processo continentale europeo e il processo americano. Se quest'opera vuol essere prima di tutto una storia del processo europeo scritta per gli americani da un americano ed è quindi una « interpretazione » del processo europeo in base alle concezioni giuridiche dominanti nel processo inglese-americano, essa può inversamente diventare, per un lettore europeo che la consideri da un opposto punto di vista, una specie di traduzione del processo americano in linguaggio giuridico europeo; cosicché essa, la quale viene in sostanza a ridurre a un comune denominatore gli istituti processuali d'Europa e d'America, porta un notevolissimo contributo al ravvicinamento e all'unificazione della scienza processuale mondiale, e costituisce perciò per il prof. Millar (come già osservammo nella recensione fatta ai suoi *Formative Principles*) un'altissima benemerenza nel campo della cultura, alla quale grandemente giova la reciproca comprensione tra studiosi di Nazioni diverse. Di questa *Storia* dobbiamo poi essere particolarmente sodisfatti noi italiani: non solo per l'intelligente amore col quale il Millar ha studiato e riassunto la nostra legislazione e la nostra dottrina; ma anche per il giusto riconoscimento che egli ha dato all'opera di Giuseppe Chiovenda, la cui figura scientifica, posta in luce nella nota biografia a pag. XLIX nella Prefazione, esorbita dai limiti assegnati alla trattazione del processo italiano, e, colla traduzione del suo « *Romanesimo e germanesimo* » chiude degnamente il Volume, come per riassumerne tutto intero il contenuto in una vigorosa sintesi del pensiero processuale europeo.

* * *

La figura scientifica di Giuseppe Chiovenda si trova posta in efficacissimo rilievo e perfettamente inquadrata nell'ambiente scien-

tifico italiano anche nella colorita e calda prefazione che il prof. XIRAU ha premesso alla traduzione spagnola, dovuta al dottor I. A. DE LA PUENTE Y QUIYANO, della « *Condanna delle spese* ». Il prof. XIRAU, il cui nome non è sconosciuto agli studiosi italiani, che hanno letto un suo vivace articolo nel volume in onore di CHIOVENDA, e particolarmente ai lettori di questa *Rivista*, di cui egli è apprezzato collaboratore, è, oltreché un profondo conoscitore della scienza giuridica italiana, un fervido amico del nostro Paese, nel quale ha soggiornato a lungo a scopo di studio: nessuno meglio di XIRAU, che, col divulgare in Spagna le più notevoli opere giuridiche straniere, si propone di promuovere nelle Università spagnole quello stesso rinnovamento che trenta o quarant'anni addietro la nostra cultura universitaria trasse dal contatto colla scienza germanica, avrebbe saputo con tanto garbo e competenza presentare agli studiosi spagnoli la monografia giovanile di GIUSEPPE CHIOVENDA (già noto in Spagna per la traduzione dei suoi *Principii*), della quale da tanto si desidera in Italia la seconda edizione. La prefazione del prof. XIRAU, al quale sono anche dovute le note di confronto col diritto spagnolo che corredano il testo della traduzione, è dettata, oltreché dall'intelletto di uno scienziato, dall'affetto di un amico: di che i processualisti italiani debbono esser particolarmente grati a lui e alla benemerita « *Revista de derecho privado* », che nella bella collezione di traduzioni di opere giuridiche da essa promossa, dà larga e cordiale ospitalità ai lavori degli scienziati italiani.

XI

LA RIFORMA DEL PROCESSO AUSTRIACO E GERMANICO AL CONVEGNO DEI PROCESSUALISTI TEDESCHI (*)

Il congresso della « *Vereinigung deutscher Zivilprozessrechtslehrer* », che ha avuto luogo in Vienna dal 27 al 29 ottobre scorso, comprendeva, oltre la relazione del prof. CARNELUTTI sulla riforma del processo civile italiano, numerose altre relazioni di processualisti tedeschi, di alto interesse scientifico e pratico: ricordiamo innanzitutto la ampia relazione sull'arbitrato, colla quale il prof. BLOMEYER, della Università di Jena, ha dato ai congressisti una compiuta informazione panoramica sul presente e sull'avvenire dell'istituto in Germania e in Austria, trattando i principali problemi della sua riforma e proponendo soluzioni, che assai volte si avvicinano a disposizioni già in vigore da noi o già formulate nel progetto CARNELUTTI, e la relazione del dottor SCHIMA, libero docente presso l'Università di Vienna, che ha esaurientemente trattato il problema della rappresentanza dello Stato nel processo civile e degli speciali organi a ciò destinati.

Ma il tema centrale ed inspiratore del congresso, quello che ha fatto scegliere come sede della riunione Vienna (per analogo motivo il congresso dei professori tedeschi di diritto pubblico si è tenuto nell'aprile di quest'anno a Vienna, e il trentacinquesimo congresso dei giuristi tedeschi si è tenuto nel settembre a Salisburgo) e che ha provocato l'intervento al congresso non solo di numerosi professori delle Università germaniche, ma anche di rappresentanti ufficiali dei Governi germanico ed austriaco, riguardava la unificazione del processo civile austriaco e germanico, la cui importanza è stata messa in luce nella solenne seduta inaugurale dal Ministro della giustizia austriaco SLAMA e dai professori MENDELSSOHN-BARTHOLDY, dell'Università di Amburgo, presidente della *Vereinigung*, e SPERL, della Università di Vienna (1).

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. V, 1928, P. I, pagg. 367-370]. [*Bibliografia*, n. 155].

(1) Il testo dei discorsi pronunciati nella seduta di apertura del congresso è riportato nella *Juristische Wochenschrift* del 27 ottobre 1928, pagg. 2673-2675.

Sull'aspetto politico di questo movimento per la unificazione legislativa, che anche nel campo del processo civile va preparando tra Germania e Austria il cosiddetto « *stiller Anschluss* », l'atteggiamento degli studiosi italiani non può essere che di assoluto riserbo. Ma questo movimento presenta altresì per i processualisti di tutti i paesi un altissimo interesse scientifico, poiché pone in confronto e diremmo quasi in lizza le due legislazioni processuali che finora sono state ritenute come le più perfette, e che, quantunque basate su una comune preparazione scientifica, nettamente si differenziano per il diverso rapporto da esse adottato tra la iniziativa delle parti e i poteri del giudice: sicché qualcuno potè a buon diritto considerarle come espressione di due diversi tipi di Stato, l'una, quella germanica, che si affida all'impulso ed alla responsabilità delle parti, come meglio rispondente all'idea dello Stato liberale, l'altra, quella austriaca, che vede nel giudice il motore del processo, come meglio rispondente all'idea dello Stato autoritario.

Nelle sedute del congresso svoltosi a Vienna si sono vedute queste due legislazioni poste a fronte, a scopo non di fredda esercitazione accademica ma di vivente collaborazione pratica, ad opera dei giuristi dei due paesi, che sperano di trarre da questo confronto dei due processi un unico ordinamento processuale comune e migliore di entrambi: e mai uno studio di legislazione comparata sembrò appassionante e istruttivo come quello vissuto in questo congresso! La distanza tra le due legislazioni è in realtà oggi, assai meno grande di quanto fosse in origine: le Novelle del 1909 e quelle del 1924 (2) hanno fatto fare al processo germanico molti passi verso quello austriaco; e già prima della guerra, si diceva che la riforma del processo germanico avrebbe dovuto compiersi secondo questo motto: « *durch die österreichische Zivilprozessordnung, über die österreichische Zivilprozessordnung hinaus* »; passare, cioè, attraverso il processo austriaco per superarlo. Se dunque a un'intesa per la unificazione del processo civile i giuristi dei due paesi perverranno, ciò non avverrà certo attraverso l'adozione da parte della Germania del processo austriaco: se questo dovrà essere « superato », cioè utilizzato nelle sue parti migliori, vedrà nella unificazione scolorirsi o sparire molte delle sue più rigorose caratteristiche.

Ad una soluzione di compromesso si dichiararono del resto già preparati gli stessi studiosi austriaci: il professore PETSCHEK della Università di Vienna, che con una incisiva e sintetica relazione espose

---

(2) Cfr. lo scritto del prof. MENDELSSOHN-BARTHOLDY in *Rivista dir. proc. civ.*, 1924, I, pag. 261 e segg.

energicamente al congresso il punto di vista degli austriaci su questo problema, esplicitamente parlò di soluzione intermedia. La unificazione dei due processi, egli disse, se corrisponderebbe a tendenze di ordine sentimentale e politico, sarebbe però anche obiettivamente giustificata e porterebbe numerosi vantaggi alla scienza e alla pratica dei due paesi. Le stesse linee di sviluppo dei due processi sono convergenti: e quando le due parti siano animate dall'interno di giungere a un compromesso, si supereranno anche le difficoltà derivanti dalle attuali differenze di istituti.

Nella sua relazione il PETSCHEK passò rapidamente in rassegna tutti i punti in cui le due legislazioni sembrano più divergere fra loro: la diversa estensione dei poteri del giudice, l'impulso d'ufficio contrapposto all'impulso di parte, la obbligatorietà della procedura preventiva di conciliazione, il regolamento della contumacia (3); e su tutti i punti dimostrò la possibilità di giungere ad un accordo. Perfino sul classico dissidio tra l'appello pieno del processo germanico e l'appello limitato del diritto austriaco (4) il relatore fece intendere che non sarà impossibile trovare un terreno di conciliazione in una soluzione media che, pur ammettendo in appello il *jus novorum*, dia al giudice poteri adeguati per respingere le produzioni maliziosamente tardive. Su un solo punto il prof. PETSCHEK si dichiarò intransigente, e cioè sull'istituto del giuramento probatorio di parte, che gli austriaci, attaccati al loro sistema di interrogatorio libero, eccezionalmente giurato, non sarebbero a nessun prezzo disposti a tollerare (5). Seguì la relazione del prof. NEUNER della Università tedesca di Praga, il quale esaminò il problema della unificazione delle due legislazioni processuali in relazione ai punti non trattati dal precedente relatore: tacendo, cioè, dell'ordinamento giudiziario e della competenza (interessante la proposta della creazione di un unico organo comune ai due Stati per regolare la giurisprudenza), del processo cambiario e documentale, del processo esecutivo e cautelare: e in generale rilevò la possibilità e la convenienza della unificazione. La brevità del tempo non permise che i numerosi giuristi germanici intervenuti al congresso esponessero dettagliatamente il loro punto di vista sull'unificazione;

---

(3) Cfr. sulla riforma del processo contumaciale nel dir. tedesco e austriaco WOLKMAR, nel citato numero della *Jur. Woch.*, 2676.

(4) La questione dell'appello pieno o limitato fu ampiamente discussa nel secondo congresso dei giuristi tedeschi in Cecoslovacchia: cfr. la relazione KISCH nel volume dei *Gutachten zum zweiten deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei*, pag. 217 e segg. e articoli di WEISS, STAFF, BRAUN, in *Zeitschrift für deut. Zivilpr.*, vol. 50, pagg. 1, 69, 296.

(5) Cfr. KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Österreichs* (1927), pag. 364 e segg.

ma il congresso si limitò a esprimere il voto che, nei lavori per la generale riforma del processo civile che sono in corso presso le Commissioni governative in Germania, siano chiamati a collaborare anche i giuristi austriaci: su che per altro il rappresentante del governo germanico dott. VOLKENAR fece dichiarazioni assai caute e riservate (6).

* * *

Colla duplice autorità che gli deriva da essere un giurista eminente e un alto magistrato, il prof. POLLAK dell'Università di Vienna riferì quindi su un argomento che ha grandi attinenze con quello della riforma del processo e che da qualche anno è oggetto, in Austria e in Germania, di appassionati dibattiti anche fuori della cerchia dei giuristi: sul fenomeno cioè, della cosiddetta « crisi della fiducia nella giustizia » (7). Il POLLAK, partendo dalla giustissima premessa che gli istituti giudiziari non hanno soltanto funzione repressiva nel caso singolo, ma altresì funzione generalmente preventiva, in quanto la fiducia nella giustizia è il più potente stimolo psicologico per la spontanea osservanza della legge (cosicché quanto meglio funziona la giustizia, tanto più diminuiscono le occasioni di ricorrere ad essa), osservò che a una diminuzione di questa fiducia non può non portare quella tecnica legislativa la quale, allo scopo di meglio adeguare il diritto alle esigenze dei casi singoli, affida al giudice, in misura sempre più ampia, poteri discrezionali ed in ispecie il compito di determinare volta per volta il contenuto di concetti, che il legislatore deliberatamente ha lasciato imprecisati ed elastici nelle sue disposizioni.

L'abuso di questa tecnica legislativa, la quale porta assai volte a resultati giudiziari contraddittorî e perfino grotteschi, è uno dei coefficienti di quella sfiducia del popolo nella giustizia, che in Austria e in Germania è stata acuita dalla crisi rivoluzionaria e che viene alimentata da attacchi violenti della stampa contro la magistratura (è noto l'episodio dell'incendio del Palazzo di Giustizia di Vienna per opera della folla tumultuante). L'ostilità della opinione pubblica investe soprattutto la giustizia penale e specialmente, da diversi punti di vista, la giuria; ma dalle accuse non si salva neppure la giustizia civile, alla quale i commercianti e la grande industria rimproverano l'eccessivo formalismo e la « *Weltfremdenkeit* » mentre le classi operaie

---

(6) Sul fervido lavoro con cui i giuristi tedeschi ed austriaci preparano la unificazione del processo, cfr. notizie in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1928, pag. 1390.

(7) Cfr. sull'argomento, i miei scritti *Il programma di politica giudiziaria dei socialisti tedeschi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 155; e *La crisi della giustizia penale in Germania*, in *Scuola positiva*, 1923, fasc. 1-2-3.

la accusano di parzialità politica a favore della borghesia (8). Da ciò il grande sviluppo preso dall'arbitrato e dalle giurisdizioni speciali, e il movimento contro i giudici giuristi. Il prof. POLLAK, in conclusione, rilevò che in Austria e in Germania la giustizia, se ancora risponde alla sua funzione di decidere esattamente il caso singolo, non è più in grado di esercitare sulle masse la sua funzione preventiva; anzi gli istituti che meglio servono al raggiungimento del primo scopo (per es. giudici giuristi) sono i più colpiti dalla sfiducia del popolo e quindi sono quelli che più ostacolano il raggiungimento del secondo scopo; cosicché, se si vorrà che la giustizia torni ad esercitare la sua funzione di prevenzione, non sarà possibile nella imminente riforma non tener conto delle ragioni che hanno prodotto ed alimentato la presente sfiducia del popolo nei giudici dello Stato.

(8) Per la Germania, cfr. il volume di SCHIFFER (ora ministro della giustizia), *Die deutsche Justiz*, Berlin, 1928.

XII

RECENSIONE A: UGO ENRICO PAOLI, STUDI DI DIRITTO ATTICO (*)

Per apprezzar quanto vale questo libro di Ugo Enrico Paoli, ci vorrebbe un lettore che fosse insieme filologo, storico e giurista: che avesse cioè le solide qualità che in questi *Studi* si intuiscono ad ogni pagina, quantunque fuse e quasi dissimulate sotto quella felicità tutta toscana di stile chiaro e scorrevole, che riesce ad esporre con piacevolezza e senza ostentazione di apparato pedantesco le conclusioni di faticose indagini, e a presentarvi con semplicità i migliori frutti di lunghi anni di lavoro, curando, più che di far fare bella figura all'autore, di non affaticarvi col descrivere la fatica che gli sono costati: con quella buona creanza e direi quasi con quel senso di garbata ospitalità di chi, offrendovi i fiori del suo giardino, non sente il bisogno di raccontarvi quanto ha dovuto penare per dissodare il terreno che li ha prodotti così belli.

Chi scrive questa recensione non è né un filologo né uno storico; e se a malapena può sentirsi a casa sua negli studî di diritto moderno, par che dovrebbe accontentarsi che di questo libro abbia scritto degnamente uno studioso come Giorgio Pasquali, che tutto sa e quindi anche il diritto, e non arrischiarsi a trinciar giudizî su materie di cui si riconosce per buona parte ignaro. Ma forse, poiché per sentire il gusto delle antichità non è indispensabile far di professione l'archeologo, non sarà illecito a un profano di cose greche esprimere candidamente la sua ammirazione per questi *Studi*, i quali, letti da chi abbia consuetudine soltanto cogli istituti del diritto moderno, danno ad ogni pagina un senso di novità e di scoperta, che li rende sorprendenti come un viaggio al paese delle meraviglie giuridiche.

(*) [È la recensione pubblicata in *La Cultura* (Milano-Roma), N.S., a. X, 1931, pagg. 741-745, agli *Studi di diritto attico* di Ugo Enrico Paoli, Firenze, Bemporad, 1930 (Pubblicazioni della R. Univ. degli Studi di Firenze, Facoltà di lettere e di filosofia, N.S., vol. IX)]. [*Bibliografia*, n. 177].

Non credo che per un viaggio in Grecia, o anche semplicemente a Pompei o alle rovine di Ostia, potrebbe il profano desiderare un compagno più amabile e più sapiente del PAOLI: il quale nei suoi scritti, e più nella amichevole conversazione, sa essere, attraverso una perfetta padronanza di tutte le fonti letterarie ed artistiche dell'antichità classica, un evocatore così appassionato della vita giornaliera dei Greci e dei Romani, un così felice ed attento rianimatore di particolari colti dal vero, da apparir veramente come uno che torni da lontano a raccontare, con un sorriso un po' mesto, cose amorosamente osservate giorno per giorno in un mondo di uomini vivi. Dagli articoli di carattere filologico ed erudito ai testi commentati che, a chiamarli « scolastici », si abbassano sotto il loro valore (basti per tutti il notissimo *Lar familiaris*), dalle scherzose poesie latine, in cui la facezia di sapore modernissimo si trova a suo agio nella lingua di Marziale, alle mirabili voci sulla vita degli antichi scritte per l'*Enciclopedia Italiana*, il PAOLI porta in tutte le sue ricerche uno spirito di aperta e consapevole simpatia che riesce attraverso i millennî a render commoventi e attraenti anche i piccoli fatti della più futile vita quotidiana, anche le vanità e le debolezze dei tempi antichi, che sono anche di tutti i tempi. Le ricette della cucina romana, i modi adoperati dagli antichi per radersi la barba, o i segreti dell'acconciatura delle donne greche rinascono nelle pagine del PAOLI rinnovati e quasi purificati dai secoli, che, anziché invecchiare, ringiovaniscono tutto quello che toccano: come nelle più umili suppellettili, affioranti da un'antica tomba, par che il tempo abbia cancellato le traccie della viltà dell'uso e vi abbia messo allo scoperto un nuovo significato di vicinanza umana che forse è quello vero ed eterno.

Anche in questi *Studi di diritto attico*, si ritrovano le stesse virtù di rievocazione, gli stessi doni di limpidezza e di freschezza con cui il PAOLI sa parlare delle cose antiche. Il prestito marittimo, il pegno attico nelle sue varie forme, la complicata posizione giuridica del cittadino ateniese, rivivono in questo libro non solo colti con intelligente fedeltà nei loro congegni statici di tecnica giuridica, ma rivisti in movimento sotto lo stimolo delle forze economiche che li produssero, e ricollocati al posto storicamente giusto, sugli sfondi dei traffici o delle competizioni politiche o delle vicende guerresche. Si apre il volume prevedendo di trovarvi aride formule e sottili sillogismi da legulei, e ci troviamo invece tra paesaggi luminosi e panorami vasti, in porti folti di vele e in piazze tumultuanti di popolo, tra marinai che sfidano le tempeste per far fruttare il danaro altrui, tra usurai che si contendono le merci del debitore appena sbarcate, tra politicanti che gridano nelle pubbliche assemblee, tra un vivo formicolio di folla, ove si urtano i grandi oratori coi sicofanti, i filosofi cogli schiavi. Così

anche gli istituti giuridici rivisti da lontano e ricollocati nel loro mondo, appaiono come necessarî strumenti della cupidigia e dell'avventura, dell'amore e dell'odio, a volta a volta nobili o vili come le passioni a cui essi servono; anch'essi forme mutevoli, che solo per comodità di studio si possono considerare separate dalla vita, della stessa eternamente agitata umanità.

* * *

Il volume comprende tre vaste monografie, costituenti quasi un ciclo di saggi su tre diversi rami del diritto attico: sul diritto commerciale la prima (*Il prestito marittimo nel diritto attico*), sul diritto civile la seconda (*Ipoteca e ἀποτίμημα nel diritto attico*), sul diritto pubblico in genere la terza (*Lo stato di cittadinanza in Atene*): è un peccato che in questo stesso volume non abbia trovato posto l'articolo dal titolo *Legge e giurisdizione nel diritto attico*, pubblicato qualche anno fa sulla « Riv. di dir. processuale civile », che avrebbe integrato questo ciclo con un saggio sul diritto processuale, di cui già in queste tre monografie si hanno spunti felici.

Il Paoli è maestro nell'interpetrar gli istituti giuridici in funzione dei movimenti economici e politici e nel cogliere in ciascuno di essi le stratificazioni storiche, pazientemente rintracciate non solo secolo per secolo, ma, si può dire, decennio per decennio. Ciò appare fino dal primo saggio in cui il contratto di prestito marittimo, originalmente ricostruito come mezzo di impiego di capitali nei traffici d'oltre mare (più affine alla moderna accomandita che all'assicurazione) e come strumento sociale di approvvigionamento granario, serve al Paoli per sboccare in una più vasta indagine sulla natura del diritto commerciale e sui tribunali di commercio in Atene. Importantissimo anche mi sembra, per la storia della dogmatica giuridica, il secondo saggio, in cui, studiandosi con grande acume la evoluzione del pegno nel momento in cui allo scopo originario di coazione psicologica (il Paoli ricorda il pegno della mummia paterna, di cui parla Erodoto) si avvia a diventare mezzo di espropriazione della cosa pignorata, si assiste forse anche nel diritto attico a quel processo delicatissimo di sdoppiamento tra debito e responsabilità, che la dogmatica moderna ha posto a base del concetto di obbligazione. Ma la più viva, la più varia, la più mossa delle tre monografie mi sembra la terza: dove il Paoli riesce a render visibile, in modo direi quasi appassionante, non solo la svariata molteplicità di tipi giuridici che concorrono a formare la eterogenea folla ateniese, ma anche la singolarissima sovrapposizione di ordinamenti politici che entro la πόλις coesistono senza unificarsi.

È soprattutto in questa terza monografia che il giurista moderno,

troppo spesso portato a ritenere che la storia del diritto cominci con Roma, e inconsapevolmente tratto a confondere l'idea del diritto col diritto positivo, prova, come dicevo da principio, l'impressione di entrare nel paese delle meraviglie, dove le più solide premesse dogmatiche tentennano e si capovolgono. Già nello scritto *Legge e giurisdizione* il giurista moderno può avere di queste sorprese: il principio *iura novit curia*, secondo il quale il giudice nel processo moderno ha il dovere di conoscere e di applicare d'ufficio la legge anche se le parti non gliela suggeriscono, è invertito nel processo attico, dove tocca alle parti indicare e provare al giudice la legge che fa al caso, senza di che il giudice non ha il dovere di conoscerla di propria scienza. Ancor più lontano dalla nostra concezione del processo penale, basato sul principio che non si dà pena senza previa sentenza di giudice (*nulla poena sine iudicio*), è quel carattere del processo attico secondo il quale anche in materia criminale non si ha, per adoprare una frase proposta per il processo moderno da Francesco Carnelutti, giurisdizione senza lite: in quanto il giudizio ha luogo soltanto quando l'imputato non si trovi d'accordo col magistrato sul delitto commesso e sulla pena da scontare, come avverrebbe oggi se, per esempio, l'omicida appena arrestato si mettesse a contrattare sulla pena col brigadiere dei carabinieri che lo interroga, e si facesse senz'altro accompagnare al reclusorio per scontarvi i dieci anni fissati alla buona con lui, senza scomodare la Corte d'Assise.

Ma i colpi più sorprendenti a certi postulati del dogmatismo giuridico moderno si hanno, come già ho detto, dalla lettura della terza monografia di questo volume: in netto contrapposto a certe concezioni moderne che ogni diritto fanno risalire allo Stato, la cittadinanza in Atene ci appare come la risultante di una serie di ordinamenti giuridici diversi, che coesistono, senza elidersi, contenuti in quell'ordinamento più vasto e comprensivo che è la πόλις. La pienezza dei diritti e doveri inerenti allo stato di cittadinanza non si acquista colla sola generica appartenenza alla πόλις: si è eleggibili od elettori, si è magistrati, giudici o militari solo in quanto si appartenga a una tribù; si è proprietarî di immobili, o capaci di succedere nella proprietà immobiliare solo in quanto si appartenga a un demo; e certi diritti di carattere familiare o religioso derivano direttamente dall'appartenenza a una fratria. Ciascuno di questi organismi giuridici ha fini suoi proprî, e proprie magistrature e sanzioni; e il cittadino ci appare come una specie di singolarissimo anfibio giuridico, che vive più esistenze tutte insieme e che inconsapevolmente passa dall'uno all'altro ordinamento, ciascuno dei quali dà alle varie attività della sua giornata una sua propria colorazione giuridica. La singolarità del fenomeno si rivela specialmente, in modo direi quasi drammatico,

nella persecuzione dei reati; l'omicida, di fronte alla legge della πόλις non è perseguito se nessuno dei parenti dell'ucciso lo accusa; ma il diritto sacrale lo ferma all'entrata dei luoghi sacri, e il potere del padre lo colpisce sulla soglia della casa familiare. Il passaggio dall'uno all'altro ordinamento giuridico può voler dire per il colpevole la salvezza o la morte: in questo giuoco di compartimenti giuridici che si intersecano, il cittadino ateniese trova ad ogni istante la possibilità di varcare qualche confine e di diventare per qualche verso un fuoruscito, pur restando entro la ristretta cerchia della πόλις. Tutto questo è sommamente interessante non solo sotto l'aspetto storico, ma anche sotto il più vasto aspetto della teoria del diritto: nessuno si aspetterebbe che proprio dal diritto attico venisse la più impressionante conferma positiva della teoria del nostro insigne Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici!

* * *

Ma l'importanza del libro del Paoli non si può mettere in luce nel breve giro di una recensione: il titolo, così dimesso, di *Studi* è troppo discreto e generico per far intendere la originalità e la importanza di queste indagini. La terza monografia specialmente costituisce una specie di visione panoramica dell'ordinamento giuridico ateniese, che un giurista non potrebbe desiderare più chiara, più compiuta, più sapiente: sulla tripartizione dei poteri politici, che il Paoli dimostra già nota prima di Aristotele, sul sistema dell'accusa privata, che trova in questo libro una sensata ed equilibrata riabilitazione, sulla distinzione tra cittadinanza originaria e cittadinanza ascitizia, sugli effetti dell'atimia nei suoi varî gradi, il Paoli scrive pagine che sembrano destinate a restare definitive, e che possono servire ad allargare di idee e di esperienze la cerchia del giurista moderno. Il quale dev'essere particolarmente grato a Ugo Enrico Paoli di questa sua nobilissima fatica, perché questo suo libro è testimonianza della scrupolosa preparazione giuridica che egli, filologo, ha voluto fare prima di accingersi a questo viaggio tra gli ordinamenti dell'antica Grecia. Il cielo ci scampi dai giuristi che, senza essere storici, credono di poter ricostruire su qualche somiglianza esteriore, colta con spirito dilettantesco, gli istituti giuridici delle antiche civiltà; ma ci scampi anche da filologi, ai quali, per la retta interpretazione delle antiche leggi, sembra sufficente la conoscenza della letteratura! Il Paoli è uno dei pochi che sa guardarsi da ambedue i pericoli: conosce a fondo la dogmatica e la terminologia giuridica, e sa quindi ricostruire gli antichi istituti in modo omogeneo e, per questo, intelligibile alla mentalità del giurista moderno; ma è anche uno storico che guarda

gli istituti con occhi sgombri da allucinazioni anacronistiche, e che non commette l'errore di ricercar nel diritto greco l'ipoteca romana, o di proiettare nel prestito marittimo del diritto attico istituti giuridici maturati oltre quindici secoli dopo, nel diritto commerciale dei nostri Comuni.

Di questa coscienziosa fatica che Ugo Enrico Paoli ha voluto compiere anche per noi giuristi, io ho voluto manifestargli qui la mia ammirazione e la mia gratitudine. Della ammirazione poco gli importerà; ma forse la mia gratitudine, che vuol dire affetto, non lo lascerà indifferente: perché egli sa che il valore delle opere destinate a restare, quello per cui esse si distinguono dalle caduche esercitazioni erudite, si misura assai spesso da questo consenso, da questo calore di interesse e quasi di solidarietà fraterna, che esse riescono a suscitare perfino nell'animo dei lettori profani.

XIII

PROCESSO ATTICO E PROCESSO MODERNO (*)

1. — Mi è caro ringraziare pubblicamente Ugo Enrico Paoli per avermi consentito di includere in una Collezione destinata a andar per le mani dei giuristi questi suoi saggi sul processo attico che, come gli *Studi di diritto attico* apparsi nel 1930 tra le pubblicazioni della Facoltà di lettere e di filosofia dell'Università fiorentina (1), sono prima di tutto l'opera di un filologo e di uno storico, già conosciuto per quel che vale, e non soltanto in Italia, nel campo degli studî atticistici. Ma qui si dà il caso non frequente di un profondo conoscitore dell'antichità classica, che è insieme un giurista di spiriti larghi e moderni: felice fusione, nella quale non si capisce se la giurisprudenza abbia servito da ancella alla filologia, o se viceversa la preparazione filologica sia stata uno strumento di indagine per dar modo al giurista di portare, in campi inusitati, i suoi studî prediletti. Il Paoli non viene dunque tra noi, in questa Collezione, come un ospite forestiero; egli è uno della nostra famiglia, che ha viaggiato per noi attraverso il mondo giuridico greco, e che ha molto da insegnare ai giuristi: anche a quelli di noi, ai quali questa Collezione è in primo luogo destinata, che più particolarmente coltivano la dogmatica processuale moderna.

2. — Già negli *Studi di diritto attico* il Paoli ha ripetutamente toccato, e assai spesso approfondito, argomenti processuali: ricordo

---

(*) [È l'introduzione di P. Calamandrei al volume di Ugo Enrico Paoli, *Studi sul processo attico*, Padova, Cedam, 1933, pagg. IX-XXVIII. Ristampata in *Studi*, III, pagg. 161-177]. [*Bibliografia*, n. 183].

(1) U. E. Paoli, *Studi di diritto attico*, Pubblicazioni della R. Università degli Studi di Firenze, Facoltà di lettere e filosofia. N.S., Vol. IX, Firenze, R. Bemporad e figlio, Editori, 1930, pag. 344. Cfr. tra le molte recensioni, quella di G. Pasquali, in *Pegaso*, 1931, pag. 738 e segg.; di G. Valeri, in *Rivista di dir. comm.*, 1931, fasc. 5-6; di F. Cammeo, in *La Nuova Italia*, 1931, pag. 74 e segg.; di M. D'Amelio, in *Mon. Trib.*, a. LXII, 1931, pag. 801 e segg.; di N. Vianello, in *Mondo classico* », 1931, n. 5, pag. 20 e segg.; di G. A. Petropoulos, in Δικαιοσύνη, 1931, fasc. 9, pagg. 310 e segg.; di V. Arangio Ruiz, in *Arch. Giur.*, 1932, pag. 441 e segg.; di E. Ziebarth, in *Gnomon*, 1932, pag. 166 e segg.

le pagine che riguardano i giudizî commerciali (2), quelle sull'accusa popolare che integrano e perfezionano sotto l'aspetto giuridico le indagini del DE SANCTIS (3), e quel saggio importantissimo sull'ipoteca attica, che tratta una materia nella quale ad ogni momento la indagine di diritto sostanziale necessariamente sconfina in problemi attinenti al processo di esecuzione forzata (4).

Ma in questo nuovo volume, che qui si pubblica, i problemi processuali, a cominciare da quello fondamentale sulle relazioni tra legge e sentenza, sono posti sul primo piano del quadro; anzi il PAOLI ci avverte (pagg. 11-15) che, per necessità di metodo derivante dalle stesse fonti, tutto lo studio del diritto attico è, per prima cosa, studio del processo, o, per dir meglio, studio *sul processo*. Per lo studioso del diritto greco la principale fonte di notizie è costituita dalle orazioni giudiziarie dei logografi, i quali, come attesta QUINTILIANO, usavano, prima del processo, « *scribere litigatoribus quae illi pro se ipsi dicerent* »: sicché per giungere a ricostruire gli istituti di diritto sostanziale, altro mezzo non si ha, nella massima parte dei casi, che quello di ricercarne con grande prudenza le traccie in quelle superstiti arringhe defensionali in cui le premesse giuridiche sono quasi sempre taciute, perché supposte come note ai giudici attraverso la lettura delle leggi allegate che si faceva in udienza prima della discussione, ed assai spesso tendenziosamente deformate da quell'arte di cambiar faccia alla realtà, che è stata in ogni tempo supremo vanto della dialettica forense. Si pensi a quello che sarebbe lo studio del diritto romano se unica fonte per ricostruirlo fossero rimaste le orazioni di CICERONE. Ma forse neanche questo paragone, suggerito dall'ARANGIO RUIZ (5), sarebbe del tutto calzante; perché presso i Greci, com'è risaputo, mancò assolutamente ogni traccia di quella giurisprudenza riflessa che è gloria di Roma: e resterebbe deluso chi sperasse di scoprire sotto la dialettica dei retori i segni di quella elaborazione dogmatica del diritto che i Greci non ebbero, e di cui invece nelle fonti letterarie romane sarebbe sempre possibile, anche se ogni altra fonte più diretta fosse perduta, riconoscere ad ogni passo la testimonianza.

Lo studioso del diritto attico deve dunque, per prima cosa, avere il coraggio di inoltrarsi nel labirinto del processo, orientandosi sulla sola parola degli oratori, ma non dimenticando mai ch'essi non fanno professione di sincerità, e che tutto quello che dicono è preordinato allo scopo essenzialmente pratico e partigiano di far vincere la causa

---

(2) Cfr. *Studi di dir. attico*, pagg. 85 e segg.

(3) ΑΤΘΙΣ, 2ª ed., Torino, 1912, pag. 423 e segg.

(4) Cfr. *Studi di dir. attico*, pagg. 118 e seg.; 165 e segg., e *passim*.

(5) Recensione citata, pag. IX.

al proprio cliente. Così le difficoltà della ricerca si moltiplicano: perché ai problemi filologici inerenti alla interpretazione dei testi e talvolta alla loro tradizione manoscritta (6) ed ai problemi storici attinenti alla ricostruzione cronologica di un mondo a tre dimensioni, la cui evoluzione secolare appare nelle fonti come schiacciata su un solo piano, si aggiunge in ogni caso, sulla soglia della ricerca, un problema psicologico, che richiede nel ricercatore, a distanza di due millennî, la sagace finezza dell'avvocato abituato ai tranelli del dibattimento. Quella tendenza, estesa oggi dagli studî romanistici a tutta la scienza giuridica (7), che mira a rivalutare l'aspetto processuale degli istituti, ed a ricostruir la statica del diritto attraverso la dinamica del processo, diventa per l'atticista una ineluttabile esigenza di metodo. Solo in quello specchio illusorio e deformante che è nel processo la parola dei difensori, egli può ancora andare a cercar la verità. Ma per sceverare in questa immagine riflessa ciò che è vero da ciò che è falso, non gli basta la filologia e forse neanche la teoria giuridica; gli occorre insieme una virtù più alacre e più vigile, che il Paoli possiede in sommo grado, e per la quale soprattutto noi studiosi del processo moderno dobbiamo ammirarlo: quell'intuito del giuoco delle parti nel dibattito giudiziario, quella attitudine ad afferrare una situazione da una pausa e a ricercar nelle parole il perché dei silenzî, che i vecchi penalisti chiamavano nel loro gergo forense il « senso dell'udienza ».

3. — Ravvivati da questa sensibilità, gli *Studi* del Paoli saranno letti con grande profitto anche dai processualisti moderni: e non tanto perché essi possano servire a fornirci sugli istituti giudiziarî di una civiltà tanto lontana dalla nostra (più lontana forse nel tempo che negli spiriti) un corredo di curiosità erudite da infiorare il nostro discorso; quanto perché essi potranno giovare, attraverso il raffronto di fondamentali diversità, a fissare, con più chiara consapevolezza di limiti, i caratteri veramente essenziali del processo del nostro tempo. Anche se avesse ragione Paul Valéry, quando afferma che la storia nulla insegna alla pratica umana « *car elle contient tout, et donne des exemples de tout* », è certo che nel campo della teoria, e specialmente in quello delle teorie giuridiche, niente meglio della ricerca storica serve a temperare la nostra naturale tendenza a scambiare il contingente coll'eterno, a proiettare nel passato e nell'avvenire, come

---

(6) Vedi particolarmente, *Studi di diritto attico*, pagg. 304 e seg.; e le pagg. 177 e segg. di *Studi sul processo attico*.

(7) Cfr. per tutti Binder, *Prozess u. Recht*, Leipzig, 1925; e da noi Pekelis, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1931.

verità di tutti i tempi, la nostra verità: sicché nessuna soluzione può dirsi definitiva, nessuna conclusione sicura, se prima al tavolino dello studioso non si sia seduta a collaudarla quella fida consigliera di discrezione, di proporzione e di prudenza che è stata sempre, per chi abbia voluto ascoltarla, la storia. Lavori come questo del PAOLI sembrano fatti apposta per incitare lo studioso del processo moderno a rimediare su quelli che son ritenuti oggidì i capisaldi concettuali del nostro sistema giudiziario, e che alcuno potrebbe esser tratto a considerare come inseparabili, in ogni tempo, dall'idea stessa di giudizio: specialmente importante mi sembra a questo scopo il saggio intitolato *Legge e giurisdizione nel diritto attico* (pagg. 21-74), nel quale le relazioni che passano nello Stato moderno tra le funzioni del legislatore e quelle del giudice appaiono sovvertite e quasi capovolte.

Di questo fondamentale capovolgimento di relazioni, si ha un sintomo curioso e significativo in quell'insegnamento di ARISTOTELE, che, parlando dei mezzi di prova precostituiti, ne enumera cinque: « *le leggi*, i testimoni, i contratti, la tortura degli schiavi e il giuramento » (8). La legge è dunque, secondo la sistemazione dei retori greci, un mezzo di prova, che sta sullo stesso piano delle testimonianze e dei documenti contrattuali; ma questa classificazione, che in un manuale moderno farebbe ridere come una stravaganza, non deriva, come potrebbe parere alla prima, da mancanza o da aberrazione di criterio sistematico. In realtà, la legge non aveva nel processo attico una posizione molto diversa da quella che può avere nel processo moderno un documento contrattuale: com'è confermato a pieno dall'oratoria giudiziaria (pagg. 64-65), una copia della legge doveva esser prodotta in giudizio dalla parte che intendeva invocarla a proprio favore, in quelle stesse forme e in quello stesso momento della fase istruttoria in cui dovevano essere allegate in causa le altre prove documentali, di cui la parte volesse servirsi: e la lettura della legge in udienza avveniva nello stesso modo che s'usava per la lettura delle altre scritture probatorie. Il giudice non era tenuto a conoscere d'ufficio la legge: il principio *iura novit curia*, che costituisce uno dei caposaldi del nostro sistema giudiziario (9), non esisteva nel processo greco, dove il giudice poteva ignorare la legge, se le parti non gliene davano la prova; e anche se, eccezionalmente, trattandosi di leggi notorie per la loro importanza, le parti potevano appellarsi senz'altro alla conoscenza che anche i giudici ne avessero di fatto, nella massima parte dei casi vigeva anche per la prova della legge il principio che

(8) Cfr. PAOLI, *op. cit.*, pag. 61; e LIPSIUS, *Das attische Recht und Rechts verfahren* (Leipzig, 1905-1915), III, pag. 866 e segg.

(9) Cfr. AUGENTI, *L'onere della prova* (Roma, 1932), n. 13.

nel nostro processo dispositivo vale solo per la prova dei fatti: « *quod non est in actis non est in mundo* ». Nel mondo in cui vive il nostro giudice, la legge riempie tutto l'orizzonte: nel mondo in cui viveva il giudice attico, la legge non esisteva, se le parti non ve la introducevano attraverso il processo.

4. — La ragione di questa differenza non è nella tecnica del processo: è più oltre e più in alto, in una diversa concezione del diritto e delle sue fonti.

Non è da credere che questa specie di ignoranza ufficiale della legge, che è propria del giudice attico, derivi da una limitazione della cognizione giudiziaria alle sole conclusioni delle parti, quale si riscontra nell'antico processo germanico, in cui l'applicazione del diritto al fatto è opera dei contendenti e non del giudice (10); quantunque siffatti riavvicinamenti tra le concezioni giuridiche greche e quelle germaniche non siano ignoti agli atticisti di questi ultimi decennî, è certo che la posizione logica che il giudice greco assume dinanzi alla controversia da decidere è, assai più di quella dei popoli germanici primitivi, vicina alle nostre concezioni. Il giudice greco non si limita, come quello germanico, a scegliere, in base all'esito di esperimenti formali, l'una o l'altra delle opposte conclusioni dei contendenti; ma risale ai fatti della causa e sta ad ascoltare le parti che cercano di convincerlo sulla esattezza delle loro premesse di fatto e di diritto, ed alle circostanze accertate applica una norma, di cui egli, se pur non è la legge scritta, si sente depositario ed interprete. Sotto questo punto di vista dobbiamo anzi dire che la posizione logica del giudice greco nella applicazione del diritto al fatto ci appare più prossima a noi perfino di quella del giudice romano del processo formulare: se tentiamo di ricostruire colla fantasia il dibattimento attico, che dopo un poderoso sforzo di retorica defensionale terminava con una votazione collegiale non motivata, ci viene in mente l'udienza della nostra Corte d'Assise, in cui, prima della recente riforma, il torneo delle arringhe preparava il non motivato verdetto dei giurati.

Si potrebbe pensare che questa equiparazione della prova della legge alla prova dei fatti derivasse soltanto dalla opportunità pratica di non aggravare l'ufficio dei giudici, che non erano giurisperiti, colla cura non lieve di procurarsi causa per causa i testi legislativi, non sempre reperibili con facilità in un ordinamento in cui mancava una raccolta pubblica e ufficiale delle leggi, indispensabile per far funzionare praticamente il principio *iura novit curia* (11); l'onere attribuito

(10) Cfr. Stein, *Grundriss des Z. P. R.*, § 18, II.

(11) Zanobini, *La pubblicazione delle leggi*, Torino, 1917, pagg. 168 e segg.

alle parti avrebbe avuto così la stessa origine e lo stesso significato di quell'uso del processo inglese, per cui la cura di procurare al giudice i *precedents* giurisprudenziali da applicare al caso viene affidata interamente alla scienza e alla lealtà del *barrister* (12). Ma non mi pare che questa sola ragione sia sufficiente. La storia dimostra che non sempre alla mancanza di preparazione tecnica si accompagna nel giudice la mancanza dei poteri necessarî per procurarsi volta per volta le indispensabili nozioni giuridiche: si pensi al processo romano, in cui il magistrato ed il *iudex*, quand'erano in dubbio sul diritto da applicare, chiedevano lumi alla prudenza dei giurisperiti (13). È vero che un siffatto ricorso ai *prudentes* non era per il giudice attico neppur concepibile, in una civiltà che non conobbe giuristi (e potremmo anche per questo chiamarla felice, se non avesse conosciuto di peggio nei sofisti!); ma è certo altresì che, per la stessa ragione, le parti non erano più del giudice in grado di procurarsi un simile sussidio: né quindi la regola del processo attico, che poneva a carico delle parti la prova della legge, si può spiegare col ritener che le parti si trovassero, per procurarsene la conoscenza, in condizione più favorevole di quella del giudice.

La spiegazione vera è dunque un'altra: ed è da ricercarsi non nel processo di applicazione, ma in quello di produzione del diritto. Anche per il giudice greco poteva valere il principio *iura novit curia*; ma colla differenza che per esso *iura* non era, come nel nostro processo, sinonimo di legge. Il giudice, nell'ordinamento attico, non era chiamato come da noi ad applicar la norma precedentemente fissata dal legislatore; ma piuttosto a dettar la giustizia del caso singolo, in base a quel sentimento del giusto, che egli trovava già vivo in sé senza che le parti glielo procurassero, perché era patrimonio comune a tutto il popolo a cui il giudice apparteneva. Era questo, per dirla con frase moderna, il trionfo del « diritto libero »: o anche il trionfo della giurisdizione di equità integrale, se il concetto di equità non diventasse evanescente dove non esiste uno *strictum ius* a cui essa si contrapponga. Né questo avveniva perché l'ordinamento pubblico fosse ancora in quella fase primitiva in cui l'unica forma di produzione del diritto è quella giudiziaria, e in cui non si è ancora trovata la differenza tecnica tra sentenza e legge, che è storicamente tardiva. In realtà, nella repubblica ateniese del quarto secolo esistevano da tempo le leggi come noi le intendiamo, cioè come formulazioni scritte, generali ed astratte, del diritto; ma il sistema della formulazione le-

(12) Cfr. GERLAND, *Die englische Gerichtsverfassung*, Leipzig, 1910, I, pag. 963.

(13) Cfr. WENGER, *Inst. des röm. Zivilprozessrechts*, München, 1925, pag. 193.

gislativa del diritto non appariva alla sensibilità greca, come apparisce oggi a noi, una più sicura garanzia di giustizia ed un evidente progresso sul sistema, arbitrario e capriccioso, della formulazione giudiziaria. Alla irrequieta e raffinata spiritualità di quel popolo la legge doveva apparire inadeguata a costringere il vivo ideale della giustizia: ed anche dove esistevano leggi, si considerava come loro pregio una certa elasticità ed indeterminatezza di espressione, che permettesse al giudice di riaffermare caso per caso, oltre la legge e al disopra di essa, il senso del giusto, prima fonte di ogni diritto.

Si spiega così la posizione, ai nostri occhi tanto singolare, della legge nel processo attico: come le parti potevano in una συγγραφή validamente accordarsi fuori del processo per rinunciare a valersi di una legge (pagg. 73-74), così potevano validamente astenersi dal produrre in giudizio la legge che avrebbero potuto invocare a loro favore, e affidarsi soltanto al senso di giustizia dei giudici (pag. 72); ed anche quando la legge era allegata, se sorgeva un contrasto inconciliabile tra la legge e il giusto, è da ritenere che di fatto il giudice trovasse la via per sacrificare la legge (pagg. 40-41): sicché le parti non osavano mai invocare a proprio favore una legge che fosse ritenuta ingiusta. La *Teoria del diritto giusto* dello STAMMLER par fatta apposta per la pratica di questi tribunali! La legge era dunque, anche quando le parti la allegavano, piuttosto un limite posto all'attività del giudice *in procedendo* che una regola da applicare *in iudicando*: serviva a stabilire (pagg. 85-86) se la materia controversa fosse di quelle per cui era dato ricorso al giudice, ed entro quali limiti il giudice potesse liberamente decidere secondo giustizia; e se le parti non la allegavano, il giudice non aveva bisogno di tenerne conto, perché egli si sentiva depositario di quel sentimento naturale che è fonte prima e inesausta di ogni giustizia, e di cui la legge stessa non è che un prodotto secondario, imperfetto e caduco.

La differenza che si rileva tra il sistema giudiziario attico e quello moderno sul punto della prova della legge, non è quindi di ordine processuale, ma di ordine costituzionale: essa non deriva da un diverso modo di concepire la funzione della prova nel processo, ma da un diverso modo di concepire l'ordinamento generale dei pubblici poteri. Il contrasto è più profondo di quello che a prima vista parrebbe: è il contrasto tra il pensiero di ARISTOTELE, il quale nelle leggi di SOLONE lodava la indeterminatezza che lascia largo campo alla discrezione del giudice, e il pensiero del MONTESQUIEU, secondo il quale « *lex jugemens doivent être fixes à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi* » (14).

---

(14) *Esprit des Lois*, lib. XI, cap. VI.

5. — Dato il valore secondario ed accessorio che per i giudici attici aveva la legge, talché si è potuto vedere nella repubblica ateniese un esempio tipico di « governo di giudici » (15), si intende come lo scopo della giurisdizione ci appaia in Atene ben diverso da quello di attuar la legge nelle sue volontà concrete, che nello Stato moderno sembra caratteristico e preminente. Il giudice, nel nostro tempo, è chiamato a concretare nella sua sentenza una volontà che esiste già in astratto nella legge: anzi ad accertare che questo individuarsi della legge astratta in comando concreto sia già avvenuto nella realtà, prima e fuori del processo. Si intende dunque come il nostro concetto di giurisdizione non possa andar disgiunto da quello, presupposto, di legislazione; la funzione del giudice ci appare quasi come una necessaria integrazione di quella del legislatore, anzi ambedue ci appaiono come due momenti di una funzione unica, attraverso la quale la volontà dello Stato si afferma come regolatrice dei rapporti umani.

Altra cosa è la giurisdizione nell'ordinamento attico: il giudice attico non è chiamato, come il nostro, ad applicar la legge al caso concreto, ossia a garantire nel caso concreto la osservanza della legge preesistente, ma semplicemente a risolvere una controversia (κρίσις). Solo dove c'è disaccordo tra le parti intorno alla soluzione giuridica da dare a un loro rapporto, c'è bisogno dell'intervento pacificatore del giudice, chiamato a scegliere, con un sì o con un no, una delle due tesi contrastanti proposte in giudizio dai due contraddittori; ove manchi la controversia, cade ogni interesse ad agire: e lo Stato, invece di imporre la sua giustizia, non crea ostacolo a che gli interessati trovino da sé la giusta soluzione del loro caso, in ossequio a quel sentimento del giusto che non è monopolio dello Stato, ma patrimonio comune di tutti i cittadini.

Il Paoli spiega assai bene questa caratteristica del processo attico, in pagine (66-72) che sono certamente destinate a diventar classiche, non solo per il loro valore di ricostruzione storica, ma anche per il notevole contributo di chiarificazione che esse apportano, col richiamar l'attenzione sulla diversità di certe nozioni fondamentali, alla dogmatica processuale moderna. L'esempio nel quale la portata pratica di questa diversità si fa sentire in modo più tipico è, tra i diversi addotti dal Paoli, quello tratto dal processo penale: che la funzione del processo civile di cognizione sia soltanto quella di risolvere le controversie, può non sembrare strano anche a noi, quando ancor oggi vi è chi autorevolmente sostiene questa tesi per il processo moderno; e neanche può dirsi assolutamente scomparsa dal nostro diritto quella

(15) D'Amelio, recensione citata, pag. IX.

concezione, comune a tutti gli ordinamenti primitivi, per la quale, nella inerzia del debitore, lo Stato lasciava libero il creditore di procedere alla esecuzione forzata di propria autorità. Ma vi è un'idea soprattutto, alla quale la nostra mentalità moderna si ribella: quella di restringere l'ufficio della giustizia penale a una risoluzione di dissensi tra accusatore e accusato, in quei soli casi nei quali l'imputato non si dichiari già rassegnato alla pena da scontare e pronto, occorrendo, a offrir la sua testa al carnefice. Negli ordinamenti moderni la giustizia penale si basa su due premesse, una di diritto sostanziale, « *nullum crimen sine lege* », una di diritto processuale, « *nulla poena sine iudicio* »; e una volta commesso il reato, la sanzione non può essere applicata che in via giurisdizionale, anche se tra chi la propone e chi deve subirla vi sia pieno accordo sui mezzi e sulla misura. Nell'ordinamento greco, invece, come mancava assai spesso nella legge una esatta determinazione preventiva delle figure di reato (16), così non era richiesto il giudizio come garanzia necessaria della giusta applicazione della pena. Racconta ARISTOTELE che gli Undici, ai quali era affidato l'ufficio di polizia di reprimere i reati, potevano senz'altro giustiziare i rei arrestati in flagrante, qualora costoro ammettessero (ἂν μὲν ὁμολογῶσν) la propria colpevolezza: al giudizio tribunale si doveva ricorrere soltanto quando gli arrestati non accettassero (ἂν δ' ἀμφισβητῶσιν) l'imputazione. Tutto questo ha per noi un certo sapore comico: si pensa alla singolare figura dell'assassino sorpreso in flagrante, che per sfuggire alle emozioni del dibattimento d'Assise, si dichiara disposto a scontare un certo periodo di reclusione, e ne contratta bonariamente la durata col maresciallo dei carabinieri che l'ha arrestato; e ci sembra quasi una reminiscenza di tribunali umoristici questo imputato che, dinanzi all'autorità che lo persegue, ha il diritto di « non accettare ».

Questa singolarità dell'ordinamento attico, che anche in materia penale riservava l'ufficio dei giudici a quei soli casi in cui ci fosse da risolvere una controversia sul reato o sulla pena, non si può storicamente considerare come un effetto di quella mancanza di differenziazione tra il torto civile e il reato, per la quale, in molti ordinamenti primitivi, le conseguenze penali del reato potevano essere oggetto di contrattazione e di composizione privata tra offensore ed offeso. In Atene la persecuzione dei reati aveva già assunto il carattere di una funzione pubblica (17): talché la limitazione anche della

---

(16) Cfr. ALSBERG, *Il processo di Socrate*, trad. SANGIORGI, Padova, 1931, pag. 17.

(17) Cfr. TOLOMEI, *I principî fondamentali del processo penale*, Padova, 1931, pag. 85.

giustizia penale alla sola funzione di risolver controversie, deriva, più che dal considerar la pena come sanzione privata, da una concezione della giurisdizione che potremmo dire liberale, per contrapporla a quella che nello Stato moderno si va sempre più inspirando al principio di autorità. Secondo i Greci, la giustizia aveva una missione essenzialmente pacificatrice: fuori dei casi in cui ci fosse da risolvere un conflitto, la attuazione del diritto era rilasciata al giuoco delle libere forze individuali. Se gli interessati erano d'accordo, lo Stato non aveva ragione di intervenire a far prevalere una sua volontà diversa da quella dei diretti interessati; perfino le eccezioni di cosa giudicata e di transazione si basavano sulla volontà delle parti: perché chi transige, diceva DEMOSTENE, fa da giudice contro se stesso e deve stare al giudizio con cui si è da sé condannato (pag. 93). L'idea della giurisdizione come *necessaria* attuazione del diritto, è una idea essenzialmente moderna, che nasce e si rafforza coll'affermarsi e coll'estendersi dall'ingerenza dello Stato in sempre nuove zone della vita sociale; e sotto questo aspetto la difesa del principio di autorità, che SOCRATE fa nel Critone (pagg. 201-202), precorre i tempi e pronuncia una concezione dello Stato che non era quella comune ai Greci del quarto secolo. Finché lo Stato si contenta di dare ai suoi giudici l'ufficio di mantener la pace sociale, in ultima analisi ogni decisione è buona, pur che sia certa e definitiva; anche l'oracolo, anche la sorte, anche la prova del fuoco possono servire a troncare una controversia e a riportare la pace tra i contendenti: non per nulla osservava il GUICCIARDINI che anche la giustizia turca, passata in proverbio per essere amministrata alla cieca, poteva, come la nostra basata sulle leggi, servire ugualmente ad un suo compito sociale, perché di quelle sentenze date « al buio ... la metà ne sia giusta, senza che non forse minore parte ne sono ingiuste di quelle date tra noi » (18). Ma quando lo Stato non si accontenta più di conservare la pace tra i sudditi, e vuole invece che attraverso la giurisdizione sia in ogni caso riaffermata la osservanza della legge, allora la giurisdizione diventa qualcosa di più e di diverso dalla semplice risoluzione delle controversie: allora a quel tipico congegno di liberalismo processuale che è il principio dispositivo, subentra, come naturale portato dell'autoritarismo, il principio inquisitorio. Quanto più la forza dello Stato si accentua, tanto più la funzione giurisdizionale perde il suo significato primitivo: e l'ufficio dei giudici si trasforma da quello originario di comporre i dissensi, in quello, modernamente sempre più importante e tipico, di concretare ed imporre la volontà della legge, di fronte alla quale l'accordo degli interessati diventa irrilevante.

---

(18) *Ricordi*, CCIX.

Il libro del PAOLI serve così a suggerire nuovi argomenti per riesaminare sotto l'aspetto storico quella teoria della « lite », che un nostro autorevolissimo processualista ha posto a base del suo sistema: indubbiamente tale teoria appare come la meglio idonea a chiarire il presupposto tipico della giurisdizione attica, che anzi sembra fatta apposta per dare a quella teoria una conferma sperimentale assolutamente calzante. Soltanto si può domandare se proprio le stesse ragioni per le quali nel processo attico si può ammmettere senza eccezioni il principio « *nullus iudex sine lite* » (pag. 21), non debbano valere *a contrario* per dimostrare la insufficienza di questo principio nel processo moderno, dietro il quale vigila lo Stato che non si contenta più di *laisser faire* purché siano evitati alla convivenza sociale gli urti della autodifesa, ma che vuole limitare sempre più gelosamente il campo della iniziativa individuale e imporre in zone sempre più vaste la sua inderogabile disciplina.

Ma questa fatale tendenza dello Stato moderno, destinata forse ad affermarsi sempre più nell'avvenire, e sulla trasformazione sempre più profonda che di pari passo potrà risentirne il concetto di giurisdizione, non è questo il luogo per continuare un discorso che ci porterebbe troppo lontano.

6. — Non soltanto sull'argomento della « lite » il libro del PAOLI apporta inaspettati contributi al chiarimento di teorie moderne: altrove esso ci mostra, in certi aspetti dell'ordinamento positivo attico, singolarissime riprove storiche di quella teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, che è legata, nella odierna dogmatica giuridica, al nome insigne di SANTI ROMANO.

Già ebbi occasione, recensendo gli *Studi di diritto attico*, di notare questo sorprendente riscontro. La cittadinanza in Atene, osservavo allora (19), ci appare come la risultante di una serie di ordinamenti giuridici diversi, che coesistono, senza elidersi, contenuti in quell'ordinamento più vasto e comprensivo che è la πόλις. La pienezza dei diritti e doveri inerenti allo stato di cittadinanza non si acquista colla sola generica appartenenza alla πόλις; si è eleggibili od elettori, si è magistrati, giudici o militari, solo in quanto si appartenga a una tribù; si è proprietarî di immobili, o capaci di succedere nella proprietà immobiliare, solo in quanto si appartenga a un demo: e certi diritti di carattere familiare o religioso derivano direttamente dall'appartenenza a una fratria. Ciascuno di questi organismi giuridici ha fini suoi proprî, e proprie magistrature e sanzioni; e il cittadino ci

---

(19) Recensione in *La Cultura*, 1931, pagg. 743-44.

appare come una specie di singolarissimo anfibio giuridico, che vive più esistenze tutte insieme e che inconsapevolmente passa dall'uno all'altro ordinamento, ciascuno dei quali dà alle varie attività della sua giornata una sua propria colorazione giuridica. La singolarità del fenomeno si rivela specialmente, in modo direi quasi drammatico, nella persecuzione dei reati; l'omicida, di fronte alla legge della πόλις, non è perseguito se nessuno dei parenti dell'ucciso lo accusa; ma il diritto sacrale lo ferma all'entrata dei luoghi sacri, e il potere del padre lo colpisce sulla soglia della casa familiare. Il passaggio dall'uno all'altro ordinamento giuridico può voler dire per il colpevole la salvezza o la morte; in questo giuoco di compartimenti giuridici che si intersecano, il cittadino ateniese trova ad ogni istante la possibilità di varcare qualche confine e di diventare per qualche verso, pur restando entro la ristretta cerchia della città, un fuoruscito.

Su questo carattere pluralistico dell'ordinamento attico il Paoli torna oggi, in questo nuovo volume, con sempre maggior consapevolezza: anzi egli ne fa una delle premesse metodiche della sua ricerca (pag. 15 e segg.), e ci fa intendere che proprio alla luce di tale premessa molti problemi troveranno le loro soluzioni definitive in quel trattato di diritto successorio al quale egli lavora.

Questa coesistenza di ordinamenti giuridici diversi, che è caratteristica del diritto attico, non resta senza conseguenze sul processo: quel sovrapporsi e quell'intersecarsi di sanzioni e di competenze che nell'ordinamento processuale moderno può apparire soltanto come transitoria anomalia (si pensi ai conflitti che nell'ordinamento italiano postconcordatario possono verificarsi in materia matrimoniale tra la giurisdizione civile e quella ecclesiastica; o anche, se pur in forma meno visibile, a quelle collisioni di giudizî e di sanzioni che possono prodursi anche da noi tra il codice penale e il codice cavalleresco (20) costituisce nel diritto attico la normalità: né si può non tenerne conto, se si vuole arrivare alla esatta comprensione di istituti processuali ai quali i nostri criterî moderni repugnano, ed alla spiegazione di casi giudiziarî che finora parevano inesplicabili.

Tale è il caso del processo di Agorato, al quale il Paoli dedica uno dei più interessanti capitoli del suo volume (pag. 121 segg.). C'è, in quel processo, un enigma che finora gli atticisti non erano riusciti a svelare: Agorato, poco dopo il 400 a. C., è processato per un reato di omicidio che doveva indubbiamente essere coperto dall'amnistia del 403, giurata tra le fazioni alla caduta dei Trenta. L'amnistia era

---

(20) Cfr. lo scritto *Regole cavalleresche e processo*, in *Studi*, vol. III, pag. 1 e segg.

una di quelle cause di estinzione dell'azione che dovevano esser rilevate nella fase istruttoria e che impedivano il rinvio al dibattimento (pag. 88). Eppure, nonostante queste sicure premesse, Agorato viene rinviato a giudizio, e deve difendersi in dibattimento dinanzi ai giudici popolari. Come si spiega questa contraddizione? Il PAOLI dà a questo problema, rimasto finora senza esauriente risposta, una soluzione, desunta dalla pluralità degli ordinamenti, che forse è l'unica sodisfacente: l'amnistia riguarda in primo luogo il diritto della πόλις, ma solo indirettamente si ripercuote sul diritto sacrale; ma l'omicidio, oltreché da sanzioni di *ius civile*, era colpito da sanzioni attinenti al *ius sacrum*: e di questa sovrapposizione di sanzioni debbono essersi valsi gli accusatori di Agorato, per cercar di colpire attraverso il diritto sacrale un avversario che secondo il diritto della πόλις era intangibile.

Nella pluralità degli ordinamenti giuridici trova anche la sua spiegazione l'istituto probatorio della διαμαρτυρία, testimonianza giurata di parte, colla quale chi pretendeva di aver diritto all'eredità per ragione di parentela col *de cuius*, era ammesso a provare a proprio favore, fino a querela di falso, il vincolo familiare su cui egli basava la sua domanda. Questo istituto sembrerebbe inconciliabile col principio, comune anche al processo attico (pag. 151), che nega ogni valore probatorio alla testimonianza *in re sua* (μαρτυρεῖν αὐτὸν αὑτῷ); ma anche qui la contraddizione si risolve nella pluralità degli ordinamenti giuridici, in forza della quale, in mancanza di uffici anagrafici generali tenuti dalla πόλις (21), la cura dello stato civile rientrava nell'ambito dell'ordinamento familiare, talché le attestazioni, che provenissero su questa materia dagli appartenenti alla famiglia, valevano, fino a querela di falso, come atti di autorità.

7. — Ma in questo volume non si trovano soltanto trattazioni panoramiche, come quelle di cui s'è discorso finora, che mirano a collocare il processo nell'ordinamento pubblico ateniese e a scoprirne dall'alto gli aspetti di diritto costituzionale: la parte centrale di questi *Studi* è costituita da quella vasta monografia (pagg. 75-173) su *L'inscindibilità del processo attico*, nella quale la struttura del processo greco è amorosamente studiata da vicino, con sì sagace maestria nel ricostruire in ogni dettaglio il delicato congegno dei suoi termini e delle sue forme, con tanta leggerezza di tocco nel ricollocare ogni frammento al posto che storicamente gli compete, da costituir veramente, anche per il processualista più meticoloso e più geloso dei

(21) Si ricordi che l'aver posto in chiaro questo punto contro la opposta affermazione del BELOCH è forse il più fecondo resultato raggiunto dal P. nei suoi *Studi di diritto attico*, pagg. 259 e segg.

dettagli, un saggio insuperabile di tecnica processuale messa al servizio della fedeltà storica. È questo, di tutti gli studî compresi nel volume, il più ricco di conclusioni originali, che stanno in netto contrasto cogli insegnamenti della dottrina dominante.

Era finora opinione corrente tra gli atticisti che anche nel processo attico, come in quello moderno, la trattazione della questione principale, ossia, come oggi si direbbe, del « merito della causa », potesse essere interrotta dal sorgere, nel corso del processo, di questioni preliminari, *litis ingressum impedientes*, che dessero luogo a fasi processuali distinte e a decisioni concernenti il solo punto separatamente discusso; talché, solamente quando questa pronuncia preliminare dichiarasse ammissibile l'ulteriore trattazione del merito, potesse il processo principale continuare il suo corso dal punto a cui si era arrestato, mettendo capo così ad una seconda decisione, di carattere, questa volta, definitivo. Questo comune insegnamento della dottrina atticista si riferisce soprattutto a due casi: cioè alla παραγραφή, la quale, costituendo una specie di eccezione di inammissibilità della azione proposta dal convenuto nella fase istruttoria dinanzi al magistrato, poteva dar luogo dinanzi ai giudici, secondo l'insegnamento finora dominante, a una trattazione separata della sola questione paragrafica; ed alla διαμαρτυρία, istituto giuridico, che la dottrina fino ad oggi, sviata dalla definizione di un tardo lessicologo, insegnava essere una eccezione analoga alla παραγραφή.

Contro questo insegnamento il Paoli energicamente reagisce: secondo lui il frazionamento dello stesso giudizio in fasi separate, la scissione della stessa controversia in più decisioni parziali, è un aspetto caratteristico del processo moderno, che non si può senza anacronismo proiettare nella ricostruzione del processo attico; il quale, secondo il Paoli, è sempre « inscindibile », cioè *concentrato* in una trattazione unica e continuata fino alla decisione definitiva, anche quando il suo corso sia complicato dal presentarsi di una questione preliminare che tutto al più potrà dar luogo a due distinte votazioni nella stessa udienza, una sulla questione preliminare ed una sul merito (qualcosa di simile poteva avvenire nel processo penale: anche in quello di Socrate si ebbero due votazioni, una sulla colpevolezza ed una sulla pena), ma non mai a due distinti processi e a due sentenze separate.

Le ragioni con cui il Paoli sostiene questa tesi della « inscindibilità », e le applicazioni che ne fa ai giudizî paragrafici e ai giudizî successorî, appaiono ad ogni lettore, anche se gli manca quella preparazione atticistica che sola permette di valutare a pieno tutte le finezze filologiche e storiche, così nitide e convincenti, da dar veramente l'impressione che la dottrina del processo attico prenderà da queste pagine un nuovo orientamento e un più sicuro senso di auto-

nomia. Se agli argomenti portati dal PAOLI è lecito aggiungere una osservazione di carattere generale che può valere per il processo di tutti i tempi, sembra che questa « inscindibilità », o *concentrazione*, del processo attico sia un carattere inseparabile da quella oralità ch'esso ebbe in maniera così spiccata.

Non solo per la mancanza nel procedimento di ogni netta distinzione tra giudizî civili e giudizî penali, ma anche per la mancanza nell'ordinamento costituzionale di ogni netta distinzione tra potere legislativo e potere giurisdizionale, l'oralità ebbe in Atene nei dibattimenti giudiziarî la stessa natura e la stessa funzione che nelle assemblee politiche. Il numero imponente dei giudici popolari, che spesso assommavano a molte centinaia, la natura sovrana dei loro poteri, la solennità e la drammaticità del dibattimento che si svolgeva davanti a loro, davano all'udienza giudiziaria l'aspetto di un parlamento. Anche nel processo l'oralità diveniva oratoria, e la eloquenza giudiziaria trasmodava come l'eloquenza politica: e le sorti della giustizia erano così strettamente legate all'impero della parola, che sembrava inconcepibile un dibattimento che durasse più di un giorno, e un rinvio della decisione all'indomani, che, attraverso la riposata pausa notturna, avrebbe sottratto i giudici alla viva impressione dell'oralità.

Siffatta esasperata tirannia del discorso parlato è inconciliabile col frazionamento del processo in più stadî. È noto che la separazione delle attività processuali in più fasi, e la conseguente separata appellabilità delle interlocutorie, va storicamente di pari passo col prevalere della scrittura sulla oralità, e della prova formale sulla libera convinzione del giudice (22). Il PAOLI dunque, col dimostrare la « inscindibilità » del processo attico, tipicamente orale ed inspirato alla massima libertà nella valutazione delle prove, ha dato una nuova conferma storica ai principî per i quali si battono i processualisti moderni, che nella lotta per l'oralità tendono soprattutto a riportar nei giudizî quella immediatezza e quella concentrazione processuale, che dalla oralità non possono mai andare disgiunte.

8. — In questi saggi del PAOLI già si disegnano le linee maestre di una esposizione sistematica del processo attico. Basterebbe che egli volesse compiere la fatica non grave di sviluppare in capitoli, da intercalare a quelli che esistono già, i ricchissimi spunti di altri argomenti processuali che affiorano in queste pagine (per un capitolo

---

(22) Cfr. per ultimo CHIOVENDA, *L'idea romana nel processo civile moderno*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, pag. 316 e segg.

sulle prove e per un altro sulla cosa giudicata i materiali sparsi nel testo e nelle note non aspettano che di essere ricomposti ad unità), e subito l'architettura di un trattato balzerebbe fuori compiuta.

E non sarebbe un'arida ricostruzione di formule tecniche, isolate dalla sostanza sociale. Il PAOLI ha già dato insigne prova, in questi *Studi* ed in quelli precedentemente pubblicati, di saper ricostruire il processo in funzione di tutto l'ordinamento politico di cui fa parte, e di voler considerare le tradizionali distinzioni del diritto in pubblico e privato, in sostanziale e processuale, come diversi aspetti di una stessa realtà storica, che non si può ripensare se non nella sua complessa integrità. In questa integrale ricostruzione del processo attico il filologo darebbe una mano al giurista: in una civiltà in cui il diritto appare, più che una tecnica riservata a una ristretta cerchia di specialisti, un diffuso sentimento comune a tutto il popolo, può accadere che la migliore illustrazione di un principio giuridico si trovi nel trattato di un filosofo o nella scena di una tragedia.

In Grecia anche gli istituti giudiziarî si idealizzano nella poesia o trovano nella storia esempî che trasformano la vicenda processuale in altissimo dramma umano. Non dimentichiamo che l'origine mitica dell'Areopago fu considerata da ESCHILO materia degna di canto; e che al centro della storia greca sta un processo, da cui un innocente si erge a difendere la santità della sentenza che l'ha ingiustamente condannato a morte. Le più alte parole che siano mai state pronunciate sulla intangibilità dei giudicati, la più convincente apologia che sia mai stata fatta delle necessità politiche che impongono l'ossequio alla sentenza anche se ingiusta, salgono da quel carcere: ove SOCRATE, rifiutandosi di sottrarsi colla fuga al supplizio, espresse in forma sublime e testimoniò col suo sacrificio quel principio, che, tradotto in termini dogmatici, serve ancor oggi ai processualisti per risolvere l'angoscioso problema del passaggio in giudicato della sentenza ingiusta.

XIV

LA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE NELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO (*)

In seguito al Trattato e al Concordato 11 febbraio 1929 tra l'Italia e la Santa Sede, il Pontefice Pio XI con quelle leggi del 7 luglio 1929 colle quali fu organizzato lo Stato della città del Vaticano, provvide anche a regolare l'ordinamento giudiziario e il processo civile (cfr. in proposito l'opera fondamentale del CAMMEO, *Ordinamento giuridico della Città del Vaticano*, nn. 102-121), con riserva di ulteriori leggi che avrebbero reso superflua l'applicazione di diritti non proprî dello Stato, ma in esso ricevuti (*Legge sulle fonti del diritto*, art. 3).

Con Motuproprio 21 settembre 1933 il Pontefice, per meglio provvedere all'amministrazione della giustizia nello Stato della Città del Vaticano e per rendere più spedita la trattazione delle cause civili, istituì una Commissione, coll'incarico di redigere progetti di legge sull'ordinamento giudiziario e sulla procedura civile: tali progetti, terminati nel luglio 1937, sono ora pubblicati in volume, preceduti da opportuni *Cenni illustrativi* (1).

Il progetto sull'ordinamento giudiziario consta di 34 articoli: secondo l'art. 1° « il potere giudiziario è delegato ai seguenti organi, « che lo esercitano in nome del Sommo Pontefice: *a*) un giudice unico; « *b*) un tribunale di prima istanza; *c*) una corte di appello; *d*) una « corte di cassazione ». È notevole che, mentre al giudice unico sono deferite soltanto le cause di minor valore, all'incirca negli stessi limiti posti al nostro pretore (Prog. di cod. proc. civ. artt. 50-51) è mantenuto come giudice tipico di prima istanza l'organo collegiale, che è stato preferito in ossequio all'esperienza, « la quale insegna che solo attra- « verso la discussione si riescono a rilevare i molteplici elementi di

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XV, 1938, P. I, pagg. 342-344]. [*Bibliografia*, n. 223].

(1) *Progetti di nuovo ordinamento giudiziario e di codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano*, pagg. XLVI, 288 (Tipografia Poliglotta Vaticana, 1938).

« cui risultano composti i complessi rapporti che si presentano al « giudizio del magistrato » (pag. XVII); è mantenuto il principio del doppio grado, con un giudizio di appello *completo* (art. 362 Cod. proc. civ., § 3) « essendo questo diritto profondamente radicato nella co- « scienza giuridica moderna » (pag. XVIII).

Il Progetto di codice di procedura civile consta di 941 articoli, divisi in tre Libri, secondo lo schema generale del Codice di procedura civile italiano: I) *Del processo di cognizione* (artt. 1-441); *Del processo di esecuzione* (artt. 442-718); *Dei procedimenti speciali* (artt. 719-941: giudizio per arbitri; decreto ingiunzionale; sentenze straniere; procedimenti speciali di cognizione; volontaria giurisdizione; ammortamento di cambiali; offerta reale; provvedimenti cautelari; conciliazione). Nei *Cenni illustrativi* (pag. XX) si nota che il numero degli articoli che compongono questo codice è considerevole, ma si spiega che ciò deriva dalla necessità di raccogliere nel Codice di procedura civile norme processuali che in altri Stati fanno parte di leggi speciali, nonché dal desiderio di dettare norme precise che non lascino, per quanto è possibile, incertezze di applicazione; negli stessi *Cenni* si avverte (pag. XIX) che, se nella redazione del progetto è stato sempre tenuto presente il diritto canonico, non si è trascurato però il contributo dato alla riforma del processo civile dal pensiero italiano, specialmente nei due progetti redatti, nel 1919 e nel 1926, da Giuseppe Chiovenda e da Francesco Carnelutti. Né in verità questa confluenza della tradizione del processo canonico cogli insegnamenti della scienza processualistica più recente sembra casuale, perché proprio nel procedimento canonico delle cause matrimoniali si trova forse il più notevole precedente di quell'orientamento pubblicistico del processo civile, che appare oggi come uno dei capisaldi della moderna dottrina.

Le grandi linee del pensiero chiovendiano sono specialmente riconoscibili nel I libro del Progetto dedicato al processo di cognizione; mentre il libro II, dedicato al processo di esecuzione si è giovato molto, oltreché dell'esperienza del regolamento esecutivo austriaco, « delle formulazioni tecniche e della regolamentazione di istituti com- « piuta dal Carnelutti » nel suo Progetto del 1926 (pag. 30).

Il procedimento di prima istanza, che si inizia mediante ricorso (artt. 222-225) e che è contenuto tra due udienze, ambedue collegiali, quella *preliminare* (art. 246 e segg.) e quella destinata al *dibattimento orale* (art. 273 e segg.), tra le quali di regola si inserisce il procedimento istruttorio dinanzi al giudice delegato (art. 257 e segg.), presenta nelle sue grandi linee i caratteri di un processo orale, in quel significato pregnante che la parola *oralità* ha assunto nell'opera di Giuseppe Chiovenda. Una deroga al principio dell'oralità, ossia a quel

particolare aspetto di essa che è l'immediatezza, si ha nella fase istruttoria, che può svolgersi dinanzi al giudice delegato, anziché dinanzi al collegio; ma sulle prove raccolte fuori del dibattimento il presidente o il relatore dovrà riferire oralmente nell'udienza collegiale (art. 276, n. 3), e il presidente potrà anche disporre con ordinanza la rinnovazione in pubblico dibattimento di alcune delle prove già raccolte nel procedimento istruttorio svoltosi avanti al giudice delegato (art. 265, § 2). Il principio di eventualità e di preclusione è ammesso, nel senso che le parti debbono nelle scritture preparatorie e nella udienza preliminare proporre tutte le loro domande ed eccezioni, e le relative prove; ma il ritardo nella proposizione di prove che possano riuscire utile per una giusta decisione, se può portare a far gravare sulla parte negligente le spese causate dall'indugio, non può mai portare a escludere tali elementi probatorî dal giudizio, perché ciò ricadrebbe a danno della giustizia (pagg. XXIII-XXIV). Il principio dispositivo è temperato e disciplinato, ma non soppresso: dovere delle parti di dire la verità (art. 17) e di comparire personalmente ove il giudice lo ordini (art. 18); libera valutazione delle prove (art. 73), anche del giuramento (art. 137); libertà del giudice di utilizzare come strumento di cognizione « tutti i mezzi atti ad accertare la verità ... e « che siano legalmente e moralmente legittimi » (art. 83); ampî poteri inquisitorî riconosciuti al giudice (artt. 77-78), specialmente nelle cause in cui « si tratti di bene pubblico » (art. 78, § 2).

Caratteristico (e degno di esser tenuto presente anche nella riforma del processo italiano) è l'istituto della *concordanza dei dubbi* o *articoli della controversia* ch'è proprio della procedura canonica (*Codex iuris canonici*, can. 1728 e 1729), e che il Progetto ha opportunamente adattato alle esigenze dei giudizî civili moderni (art. 248, n. 1).

Il Progetto, in complesso, mi sembra pregevole per il sagace equilibrio con cui ha saputo fondere la tradizione canonica colle acquisizioni degli studî processualistici più recenti: questi articoli sono redatti in forma semplice e piana, senza inutile sfoggio di dogmatismo, ma si sente che in essi circola un pensiero moderno, perfettamente consapevole di tutti i problemi, teorici e pratici, che hanno agitato in questi ultimi anni la scienza del processo: ciò è visibile specialmente nel titolo *delle prove* (artt. 73-141), ricco di disposizioni nuove, accurate e nitide.

Nozioni di origine dottrinaria, che solo con qualche fatica cominciano oggi ad essere accolte nella nostra giurisprudenza pratica, sono francamente adottate e chiaramente formulate in questo Progetto: così la distinzione tra sentenze *di condanna, costitutive e di mero accertamento* (art. 172); così i principî sulla natura e i limiti della

cosa giudicata (art. 309); così la distinzione tra questione di diritto e questione di fatto agli effetti della cassazione (art. 389).

Talvolta, quando la formulazione data di certi concetti dalla dogmatica moderna è apparsa ai compilatori di questo Progetto più perfetta di quella accolta da secoli nel diritto canonico, essi non hanno esitato a preferire la prima: com'è avvenuto per la definizione dei fatti notorî, per i quali si è abbandonata la tradizionale nozione canonica (can. 2197, n. 3: « *notorium ... ut nulla tergiversatione celari possit* ») e si è adottata la formula proposta dalla dottrina moderna: « quei fatti la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria « di una determinata cerchia sociale » (art. 75).

XV

LA CRISI DEL PROCESSO CIVILE IN GERMANIA (*)

A (1)

La dottrina processualistica tedesca di questi ultimi anni non si distingue, bisogna francamente riconoscerlo, per opere sistematiche alle quali la nostra disciplina possa essere grata di un apporto costruttivo. L'elaborazione di una dogmatica giuridica è riservata ai periodi statici, che seguono le grandi riforme: e, se oggi andiamo in cerca di quella scienza tedesca dalla quale fino a qualche decennio fa i processualisti italiani hanno potuto molto imparare, il nostro pensiero deve rivolgersi ancora, con ammirazione e gratitudine, ai grandi maestri che non sono più sulle cattedre e il cui insegnamento indimenticabile è forse la conclusione di un'epoca (la voce di uno degli ultimi, il MENDELSSOHN BARTHOLDY, ci giunge postuma, dall'Università di Oxford, in un'opera di argomento non processuale, pubblicata in inglese dopo la sua morte: *The War and German Society*, New Haven, Yale University Press, 1937).

(*) [Sotto questo titolo sono ricompresi, negli *Studi*, V, pagg. 285-320, alcuni brevi scritti pubblicati da P. CALAMANDREI negli anni 1938-1942, nei quali l'Autore prendeva coraggiosamente posizione contro talune deformazioni che, dal piano ideologico, si riflettevano sul processo civile tedesco dell'epoca. È nota l'importanza che queste pagine di CALAMANDREI hanno avuto nello sforzo di evitare analoghe deformazioni del processo anche in Italia. Il primo degli scritti in parola, dal titolo « Abolizione del processo civile? », è già ristampato nel I volume di queste *Opere*; gli altri sono qui raccolti nello stesso ordine in cui si trovano negli *Studi*.

Scritti pubblicati in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XV, 1938, P. I, pagg. 130-134; 268-270; *ibidem*, a. XVI, 1939, P. I, pp. 293-302; *ibidem*, a. XIX, 1942, P. I, pagg. 279-287; ristampati in *Studi*, V, pagg. 291-320]. [*Bibliografia*, nn. 224, 234, 268].

(1) Abbrev.: ZA = *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*;
ZZP = *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*;
IW = *Juristische Wochenschrift*;
AP = *Archiv für zivil. Praxis.*

La letteratura processualistica tedesca di questo periodo è soprattutto interessante sotto l'aspetto politico: come espressione di un momento storico in cui ogni campo della vita sociale si sta elaborando faticosamente un ordine nuovo, e in cui anche negli istituti giudiziari si trovano in urto e cercano nuovi equilibri l'interesse individuale e l'interesse collettivo, la libertà e l'autorità. Si tratta per lo più di proposte di riforme, che dovrebbero servire a mettere il processo civile in armonia con i nuovi principî costituzionali dello Stato, e che meritano di essere considerate soprattutto per il loro valore sintomatico, come rivelatrici di tendenze ancora vaghe e discordi: letteratura non priva di una certa vivacità polemica di stile giornalistico, ma talvolta, sotto l'aspetto della preparazione e della serietà scientifica, di un livello alquanto inferiore a quello che eravamo abituati a conoscere un tempo negli scritti dei processualisti tedeschi.

Numerosi sono gli scritti che rimettono in discussione il concetto di giurisdizione e la posizione del giudice di fronte alla legge. Il DAHM (*Richter und Gesetz auf dem Haager Kongress für Rechtsvergleichung*, in ZA, 1937, 737) riferisce sull'atteggiamento dei giuristi non tedeschi sul problema *maintien ou abandon de la règle « Nulla poena sine lege »*, che fu posto come tema di discussione nell'ultimo Congresso di diritto comparato tenuto all'Aja nello scorso settembre; e cerca di dimostrare che il dissenso tra la dottrina favorevole al mantenimento di questa regola (a favore della quale in quel congresso si pronunciarono i relatori di Italia (2), Belgio, Inghilterra, Austria, Romania, Cecoslovacchia, Ungheria, Stati Uniti d'America) e l'applicazione che si fa in Germania del nuovo § 2, *StGB.*, è molto meno profondo di quel che si creda. Il ROTHENBERGER (*Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht*, in ZA, 1937, 637) sostiene che l'indipendenza del giudice non possa più avere il contenuto tradizionale, e che se un cittadino si rivolge al *Führer* per lamentarsi di una decisione passata in giudicato, deve essere esercitato da parte della suprema autorità dello Stato un vero e proprio controllo gerarchico sul giudice, allo scopo o di persuadere il ricorrente che la sentenza è giusta, o di far comprendere al giudice le spiacevoli ripercussioni politiche che potrebbe avere la sua sentenza: in nessun caso si dovrebbe respingere il reclamo basandosi sull'indipendenza del giudice; poiché, a detta dell'autore, che è un magistrato, tale controllo gerarchico « non soltanto è conciliabile colla indipendenza della magistratura, ma anzi la rinforza » (pag. 640). Notevole ed istruttivo, anche

(2) Cfr., in *Giust. pen.*, 1937, I, pag. 641 e segg., le notizie sulle discussioni tenute, a proposito della stessa questione, nel quarto congresso internazionale di dir. pen. (Parigi, estate 1937).

per l'autorità dello scrittore, è l'articolo del VOLKMAR, *Wandlung der Aufgabe des Richters und Erweiterung des Gebiets der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (in ZA, 1937, 634), nel quale si rileva, al lume della legislazione più recente, la tendenza, che si afferma nei campi più svariati, ad estendere i poteri « dispositivi » o « determinativi » del giudice, chiamato in misura sempre più vasta a intervenire come collaboratore necessario nella costituzione o modificazione di rapporti giuridici (per es. in seguito alle leggi sulla rivalutazione, o a quelle sul mantenimento dell'unità dei fondi agrarî, *Erbhofrecht*): e si studia se ed in che misura possa essere opportuno trasferire queste mansioni dal processo contenzioso alla giurisdizione volontaria. Lo STEFFEN (*Schiedsgerichte oder Staatsgerichte?*, in *JW*, 1937, 292) combatte la diffusione dei giudizi arbitrali, che a suo dire, pregiudicherebbe l'autorità dei tribunali dello Stato.

Argomento largamente trattato è quello, fondamentale per la riforma del processo, dei rapporti tra iniziativa delle parti e poteri del giudice: qui, più che in ogni altro campo, il punto di vista tecnico appare, negli articoli che abbiamo sott'occhio, soverchiato dal punto di vista politico. Il RATZ (*Die Verhandlungsmaxime. Ein Beitrag zur Zivilprozessreform*, in *AP*, CXLIII, 282) attacca a fondo, con argomenti più sentimentali che razionali, il principio dispositivo, come mancante di contenuto etico; il WILDHAGEN (*Der Gemeinschaftsgedanke und das Erkenntnisverfahren im bürg. Rechsstreite*, in *ZZP*, LX, 159), mentre si dichiara deluso dai propositi espressi dal VOLKMAR secondo il quale la prossima riforma del processo civile tedesco dovrebbe soprattutto mirare, in conformità del progetto del 1931, a dare al procedimento una maggiore celerità, sostiene che per rendere il processo civile conforme allo spirito del nuovo regime occorre svincolar del tutto il giudice dai vecchi schemi di azione e di eccezione, e porre come caposaldo della fase di cognizione il dovere di tutte le parti di collaborare col giudice all'accertamento della fattispecie, con obbligo di veridicità. Il BUCHHOLZ (*Verhandlungs-und Untersuchungsgrundsatz im geltenden und künftigen Zivilprozessrecht*, in *JW*, 1937, 2745) esamina quali limitazioni siano state apportate al principio dispositivo dal dovere di probità introdotto dalla legge 27 ottobre 1933, e propone l'aggiunta di ulteriori limitazioni che dovrebbero consistere nell'attribuire al tribunale il potere di assumere prove anche su fatti non controversi tra le parti (potere che si trasformerebbe in dovere tutte le volte in cui si sospettasse che il comportamento processuale delle parti fosse contrario all'interesse pubblico o a quello di un terzo); nonché il potere di interrogare la parte, non solo per accertare la verità di affermazioni concrete, ma anche allo scopo di allargare le indagini intorno alla fattispecie reale fuor del campo delle affer-

mazioni delle parti. Uno studio molto serio e meditato è quello dello SCHÖNKE (*Rechsvergleichende und rechtspolitische Betrachtungen zum zivilpr. Beweisrecht*, in *ZZP*, LXI, p. 1 e segg.), il quale con larga conoscenza non solo delle legislazioni, ma anche delle riforme in corso fuori di Germania (per l'Italia sono tenuti presenti anche il progetto Carnelutti ed il progetto Redenti) studia quali siano i mezzi di prova ammessi nelle principali legislazioni processuali moderne, quali siano quelli preferibili *in iure condendo*, quale sia la posizione del magistrato nell'assunzione delle prove; sono interessanti le osservazioni concernenti i non benefici effetti prodotti in Germania dall'abolizione del giuramento dei testimoni (disposta colla l. del 27 ottobre 1933), in seguito alla quale l'attendibilità delle testimonianze è diventata minima: onde l'a. fa voti per il ripristino di quel giuramento. Una visione panoramica delle principali questioni attinenti alla riforma del processo civile si trova nello scritto dello SCHNEIDER (*Zur Neugestaltung des Verfahrensrechts*, nella rivista *Deutsche Rechtswissensschaft*, Amburgo, I, fasc. 2, 1937).

Scritti degni di menzione sotto l'aspetto più propriamente tecnico-giuridico sono quelli di LENT (*Zur Abgrenzung des Sachverständigen vom Zeugen im Zivilprozess*, in *ZZP*, LX, pag. 9), che riprende in esame, partendo dai più autorevoli precedenti dottrinari, il problema, tuttora controverso anche da noi (cfr. Cass., 3ª sez., 9 febbraio 1938, in *Mass. Foro it.*, 1938, pag. 89) della distinzione tra perito e testimone; di GRASSHOFF (*Der Rechtsstreit zwischen drei und mehr Widersacher*, in *ZZP*, LX, 242), che studia la struttura dei processi con tre o più parti, che hanno nella legge tedesca una disciplina molto meno flessibile e adattabile di quanto non sia nella pratica italiana; dello STEINER, sulla condanna generica ai danni (*Grundurteil*, in *JW*, 1937, 1040); del KRAEMER (*Ziele und Wege einer Reform des Revisionsverfahrens in Zivilpr.*, in *ZZP*, LX, 49 e segg.), il quale rilevando che il lavoro del *Reichsgericht* è molto diminuito in questi ultimi anni, sostiene che il rimedio della revisione dovrebb'essere reso ammissibile in misura più larga di quanto non sia consentito dalla legge vigente. Molto importante è l'articolo del MANIGK (*Beiträge zum Revisionsrecht*, in *ZZP*, LX, pag. 351 e segg.), il quale, a proposito del libro dello SCHWINGE, *Grundlagen des Revisionsrechts*, 1935 (che rappresenta indubbiamente quanto di meglio in questi ultimi decenni sia stato scritto sulla revisione civile in Germania) riprende a studiare l'ardua materia della distinzione tra questione di diritto e questione di fatto, e, in coerenza con quanto fu già da lui sostenuto (cfr. vol. VI della pubblicazione *Die Reichsgerichtspraxis im deutsch. Rechtsleben*, 1929) si dichiara fautore di un allargamento del controllo del *Reichsgericht* anche a quegli errori che attengono all'erronea qualifica giuridica del

fatto, all'interpretazione del contratto, e in generale alla *ingiustizia* della decisione: interessanti le osservazioni, che utilmente potrebbero esser messe a raffronto con quelle del nostro CALOGERO, sul modo con cui viene adoprato nella giurisprudenza del *Reichsgericht* il concetto di « violazione delle leggi della logica ». Il M. riferisce anche esempi tolti dalla giurisprudenza italiana, ma sembra per verità che cada in equivoco quando (pag. 396) afferma che la Cassazione italiana ammetterebbe il controllo sulla interpretazione dei contratti basandosi sulla disposizione del Cod. civ., secondo la quale i contratti « hanno forza di legge ». Nella materia dei mezzi di impugnazione è interessante e contiene considerazioni utilizzabili anche per il processo civile, lo scritto dello SCHWINGE (*Abschaffung der Rechtsmittel im Strafprozess?*, in ZA, 1937, 589), il quale riferisce sul progetto elaborato dall'ufficio legale del partito nazionalsocialista, che vorrebbe abolire i mezzi di gravame nel processo penale, aumentando le garanzie della prima istanza.

Sul processo esecutivo, ricordiamo gli scritti di: WESSEL (in *ZZP*, LXI, pag. 62), che studia il pignoramento dei crediti con particolare riguardo alla probabilità della eccezione di impignorabilità sollevata dal terzo; GOOSE (in *ZZP*, LXI, 37), JAEGER (*ZZP*, LX, 74), BECKMANN (in *JW*, 1937, 656) su varî casi di limitazioni della pignorabilità di certi oggetti, o crediti; BERNHARDT (in *JW*, 1937, 1034), BRUNS (in *JW*, 1937, 2432), sui mezzi dati al debitore contro l'abuso del titolo esecutivo. Interessante è lo sguardo retrospettivo che JONAS (in *JW*, 1937, 14) dà al recente sviluppo del processo esecutivo tedesco, nel quale, anziché a rafforzare la tutela del creditore, si è piuttosto mirato a conciliare gli interessi del creditore con quelli del debitore, dando all'ufficio esecutivo poteri sempre più vasti a tale scopo, anche nel campo economico. Sull'esecuzione in Germania dei lodi stranieri scrive il FABRICIUS (in *JW*, 1937, 3134); sull'ordinamento del giudizio di delibazione e sulla opportunità di eliminare *in iure condendo* le incertezze alle quali dà luogo il sistema della reciprocità, scrive autorevolmente (in ZA, 1937, 705) GUGLIELMO KISCH, nel cui nome, che si riannoda alle grandi tradizioni della scienza processualistica tedesca, ci è grato chiudere questa rassegna.

B

Secondo quanto prevedevamo nella nostra precedente *Rassegna* (in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, pag. 134), l'*Anschluss* non ha portato per ora né alla abolizione né alla modificazione delle leggi processuali austriache. Un decreto del 22 marzo *über die Rechtspflege in*

Österreich ha stabilito che le sentenze si intitolino d'ora in avanti « in nome del popolo tedesco », e che la divisa giudiziaria si fregi del distintivo germanico; sono state attuate, tra magistrati e avvocati, le esclusioni stabilite dalle leggi razziste, estese anche all'Austria. Per il resto sono rimaste in vigore le leggi processuali e giudiziarie austriache, e già è stato rilevato da FRANZ HUEBER, ministro austriaco della giustizia (*Grundfragen des Rechtsangleichung*, in ZA, 1938, pag. 220) che il processo austriaco è destinato probabilmente a rimanere in vigore o a servir da modello ad una nuova legislazione processuale unitaria, perché il principio di autorità al quale esso si ispira lo fa apparire « più nazionalsocialista » della vecchia legge tedesca (si può ricordare, a questo proposito, che fino dal 1903 RICCARDO SCHMIDT nel suo famoso discorso *Prozessrecht und Staatsrecht* vedeva nel processo austriaco il trionfo dell'autoritarismo, contrapposto alla idea liberale, allora inspiratrice del processo tedesco).

Tra le leggi germaniche di questi ultimi mesi è degna di menzione, anche sotto l'aspetto processuale, la legge del 12 aprile 1938 a modificazione e integrazione del diritto di famiglia (*G. über die Änderung and Ergänzung familiarenrechtlicher Vorschriften*, RG Bl., 370). Questa legge, sempre a tutela della razza, legittima il pubblico ministero a esperimentare d'ufficio *e senza limiti di tempo*, quando lo ritenga opportuno nell'interesse pubblico o in quello del figlio, quella azione di disconoscimento di paternità che finora anche per il diritto tedesco (art. 1593 *BGB*; cfr. 159 e segg. Cod. civ. italiano) era esperimentabile soltanto dal marito. In questo procedimento vige in pieno il principio d'ufficialità (§ 7): il tribunale può prendere in considerazione fatti non allegati dalle parti, sentire testimoni di ufficio, ecc.. In tutte le controversie attinenti al diritto di famiglia (§ 9) le parti ed i testimoni devono sottoporsi a tutte le indagini riflettenti la razza (« *rassenkundlich* ») e soprattutto alla prova del sangue: in caso di ingiustificato rifiuto, la polizia può esercitare la coazione immediata. La legge dà potere all'autorità amministrativa di revocare le adozioni e le legittimazioni che si ritengono contrarie alla ragione della razza (§ 12). Su questa legge cfr. il commento di MASSFELLER in *JW*, 1938, pag. 1217 e segg., 1281 e segg., il quale spiega che la legge ha lo scopo di render possibile l'accertamento d'ufficio, attraverso l'indagine sui gruppi di sangue, della vera derivazione di ogni individuo, *indipendentemente dalla sua volontà e da quella dei suoi genitori*: cfr. anche, su casi giurisprudenziali attinenti a questa materia, IUNKER, in *JW*, 1938, 1224; e PETER, *ivi*, pag. 1293.

Un esempio interessante di quel processo di permeazione del diritto pubblico nel diritto privato, a cui corrisponde nel campo giudiziario uno spostamento di competenza dalla ordinaria giurisdizione

civile alla giustizia amministrativa, è studiato da HENNIG, in *ZZP*, LXI, pag. 166 e segg., a proposito dei tribunali arbitrali (*Schiedsgerichte*) creati dalla legge 26 febbraio 1935 per decidere le controversie relative all'inquadramento corporativo.

Meritano speciale menzione, tra gli scritti monografici usciti in questi ultimi mesi: un articolo del LENT, sull'obbligo di verità e di completezza nel processo civile (*Die Wahrheits-und Vollständigkeitspflicht im Zivilprozess*, in *ZA*, 1938, 196), che è degno di essere attentamente meditato da noi, nel momento in cui si sta per introdurre qualcosa di simile nel nostro processo, perché dimostra, con una acuta indagine casistica, come sia praticamente difficile conciliare questo obbligo col mantenimento del principio dispositivo; un articolo dello SCHWINGE, il quale, colla specifica competenza che ha sull'argomento, esamina l'opera di quotidiano adattamento con cui la giurisprudenza del tribunale dell'Impero piega alle esigenze della pratica l'istituto della revisione, interpretando con una certa larghezza quello scopo di mantenere l'unità del diritto al quale essa è in principio destinata (*Die Fortbildung des Revisionsrechts*, in *JW*, 1938, 669 e segg.); una monografia del PAGENSTECHER (*Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozessvoraussetzungen*, in *Zeitschr. für aus. und int. Privatrecht*, 1937, pag. 337 e segg.) nella quale, con rigore di dottrina e con una grande abbondanza di riferimenti giurisprudenziali e di applicazioni pratiche, si sostiene che la cosiddetta competenza giurisdizionale (*facultas iurisdictionis*) e la competenza internazionale, anziché rientranti rispettivamente nella competenza per materia e per territorio, sono presupposti processuali speciali ed autonomi: in questo saggio la tesi è specialmente sviluppata in relazione alla competenza internazionale, alla cui chiarificazione sistematica questo articolo costituisce un notevole contributo.

In tema di esecuzione forzata, più di alcuni articoli aventi prevalentemente pratici (HUBERNAGEL, in *ZA*, 1938, 308, sull'acquisto, mediante esecuzione forzata mobiliare contro il debitore, di cose mobili appartenenti a un terzo; BLEY, in *ZZP*, LXI, pag. 153 e segg. sulla posizione dei creditori privilegiati nel concordato) è interessante la legge 7 aprile 1938, che integra le norme già esistenti sul pignoramento dei salari (RGBl., I, 378), la quale autorizza il tribunale dell'esecuzione a lasciare al debitore, oltre a quella parte di salario che è dichiarata non pignorabile dal § 850 b. *ZPO*, tanto di che mantenere i parenti a suo carico.

C (*)

La letteratura processualistica tedesca continua, come rilevammo nelle precedenti rassegne, ad essere costituita nella sua massima parte da brevi articoli di ispirazione politica, coi quali si prosegue la revisione della vecchia dogmatica che si ritiene superata, e si fa a gara ad auspicare una più profonda adeguazione degli istituti giudiziarî ai principî dello Stato nazionalsocialista.

Secondo il ROTHENBERGER, *Die Stellung des Richters im Führerstaat*, in *DR*, 1939, 831, l'idea che il giudice debba, nel giudicare, attenersi alla legge e non lasciarsene distrarre da considerazioni politiche, è un vecchio residuo delle teorie liberali sulla separazione dei poteri: al contrario il giudice è oggi il *Vollstrecker des Führerwillens*, l'esecutore della volontà del *Führer*, e come tale egli non può più avere la « indipendenza » nel senso tradizionale: solo la apoliticità costituirebbe (afferma il R., che è un magistrato) il più temibile pericolo per l'indipendenza dei giudici. Lo SCHMIDT-KLENEMOW, *Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in *DR*, 1939, 337, se la piglia contro l'eccessivo ossequio alla legge che, a suo dire, i giudici tedeschi continuano a dimostrare: l'obbligo del giudice di attenersi alla legge (egli dice) significa soltanto che il giudice deve eseguire la volontà del popolo; ma quando la legge non rappresenta più la volontà del popolo, il giudice deve esserne svincolato senza bisogno che la legge sia abrogata.

Questo dovrebbe valere soprattutto per le leggi anteriori al 1933, cioè all'avvento del nazionalsocialismo, che il giudice tedesco dovrebbe applicare solo quando si convinca, caso per caso, ch'esse non siano in contrasto coi principî del nuovo Stato. Interessante, per rendersi conto della posizione attuale del giudice germanico, è anche l'articolo del KERN, *Die Selbstverwaltung der Gerichte*, in *ZA*, 1939, 47, nel quale si dimostra che, in seguito alla legge 24 novembre 1937 sulla distribuzione degli affari presso i tribunali (RGBl., I, 1286), è sostanzialmente abolita la garanzia del « *gesetzliche Richter* » (del « giudice naturale », diremmo noi), in quanto, mentre prima di quella legge la distribuzione degli affari e la composizione delle sezioni doveva avvenire una volta per sempre prima dell'inizio dell'anno giudiziario e le eccezionali modificazioni che si dimostrassero indispensabili nel corso dell'anno dovevano avvenire con garanzie di obiettività, la nuova legge affida ogni potere in proposito al primo pre-

---

(*) Alle abbreviazioni già date *retro*, pag. 707, aggiungere: *DR* = *Deutsches Recht*, che è il nuovo titolo della antica *Juristische Wochenschrift*.

sidente di ogni tribunale, il quale, in queste sue funzioni amministrative, è sottoposto alle istruzioni che gli vengono dalle autorità superiori: cosicché in seguito alla nuova legge (rileva espressamente il KERN) il ministro della giustizia può ora ordinare che certi delitti politici siano giudicati da determinati giudici, personalmente scelti. Un buon articolo è quello del LUFFT, sul potere giudiziario negli Stati Uniti d'America (*Probleme um die richterliche Gewalt in USA*, in *ZA*, 1938, 845).

* * *

Tra gli scritti, assai numerosi, dedicati al processo di cognizione ed alla sua riforma, eccelle per l'autorità quello di RICCARDO SCHMIDT (*Wandel des Erkenntnisverfahrens im Zivilprozess*, in *ZZP*, LXI, 253 e segg.), il quale esamina i problemi della riforma processuale sotto il profilo delle relazioni fra tribunale e avvocato nello stadio precedente all'udienza: se convenga, cioè che il tribunale svolga un'attività propria nel periodo intercorrente fra la citazione e la prima comparizione delle parti, ovvero se sia preferibile che in questo periodo il lavoro preparatorio sia riservato agli avvocati. L'indagine si allarga, ricca di interessanti raffronti storici colla riforma fridericiana, al più vasto problema della conciliazione di due tendenze, quella, rappresentata dalla riforma del 13 febbraio 1924, all'accelerazione e semplificazione del processo, e quella, rappresentata dalla riforma del 27 ottobre 1933 ed oggi dimostratasi prevalente tra i giuristi dell'Accademia, ad una indagine accurata ed approfondita che porti al più sicuro accertamento della verità: e conclude auspicando una conciliazione tra le due tendenze, in modo che i poteri di carattere preparatorio dati al giudice nella fase preliminare non distruggano i vantaggi della immediatezza e della oralità, conseguibili solo attraverso il dibattimento in udienza. Importante, e notevole per la sua sensatezza e misura, è anche l'articolo di HANS WALSMANN (*Schriftlichkeit und Mündlichkeit-Ein Beitrag zur Reform des Zivilprozesses*, in *ZZP*, LXI, 381 e segg.) che, per incarico dato all'a. dal presidente dell'Accademia per il diritto tedesco, riesamina a fondo il problema dell'oralità e della scrittura, e, dopo uno schizzo storico sulle vicende della lotta tra i due principî, scende a discutere in concreto i varî aspetti pratici del problema e a suggerire quali dovrebbero essere le riforme particolari atte a conciliare il sistema della oralità colle nuove esigenze: la domanda dev'essere presentata al giudice mediante ricorso, del tutto abbandonandosi il sistema della citazione da parte a parte; le notificazioni devono avvenire d'ufficio; il dibattimento orale può rimanere

quello che è, poiché ha fatto buona prova; bisogna permettere alle parti di revocare le proprie dichiarazioni quando siano dovute a errore, abolendo il carattere di prova legale della confessione; bisogna estendere i poteri direttivi e ordinatorî del presidente. Interessante anche l'art. del BLOMEYER sulle relazioni tra processo tedesco e processo austriaco (*Österreichs Zivilprozess und die deutsche Rechtserneuerung*, in *ZA*, 1938, 462): il quale, dopo aver ripetuto la solita osservazione che la *ZPO* austriaca è più nazionalsocialista di quella germanica, si augura che, nella prossima generale riforma delle leggi processuali, si conservino del processo austriaco le disposizioni sulla contumacia e sull'appello (esclusione dell'*ius novorum*); ma esprime l'opinione che tale riforma generale non sia ancora matura, fino a che non sia compiuta la trasformazione, tuttora in corso, del diritto sostanziale, e fino a che non siano ben tracciati i confini tra il processo civile ordinario e le giurisdizioni speciali del sistema corporativo (opinione da tener presente anche per la riforma italiana).

Mi limito a menzionare, poiché trattano problemi di ordine particolare, gli scritti dello SCHÖNKE in *ZA*, 1939, 193 su alcuni casi di inversione dell'onere della prova; del PAGENSTECHER, in *JW*, 1928, 2254, sulla distinzione tra incompetenza per materia e mancanza di giurisdizione (*Unzulässigkeit des Rechtswegs*); del BRUNIECKI, in *JW*, 1938, 1790, sulle clausole contrattuali di deroga alla competenza territoriale; del LENT, in *ZA*, 1939, 397, sul contenuto della domanda nel nuovo processo civile (a favore della *Individualiserung*); del WEBER, in *JW*, 1938, 1778, sui modi di abbreviare le lungaggini dei processi di risarcimento di danno.

* * *

Gli scritti nei quali si rispecchia sulla maniera più evidente il profondo disorientamento che travaglia attualmente la scienza processualistica tedesca, sono quelli che, con speciale riferimento alle controversie familiari o « razziali », discutono della trasformazione del processo civile in senso assolutamente inquisitorio, o addirittura della sua abolizione. L'articolo del BAUMBACH (cfr. in *Studi*, vol. V, pag. 285), ha suscitato più confutazioni che consensi. Il DE BOOR (*Die Funktion des Zivilprozesses in der völkischen Rechtsordung*, in *ZA*, 1938, 834) attacca il principio dispositivo, nato dal processo italiano canonico, che, secondo lui, sarebbe l'espressione giudiziaria della politica comunale basata sulla lotta dei partiti; ma tuttavia ritiene che, pur limitando e attenuando il principio dispositivo, anche nello Stato nazionalsocialista debba permanere una netta distinzione tra giurisdizione volontaria e processo contenzioso, e che si debba reagire

agli attacchi fatto contro il cosidetto *Decisionismus*, in quanto lo scopo del processo dovrà essere, anche nel nuovo Stato, non già quello di produrre ad ogni costo una composizione amichevole della lite, ma quello di portare ad una *decisione* conforme al diritto. Contro il BAUMBACH è anche l'articolo, pieno di buon senso, del BERGENRATH (*Mit oder ohne Zivilprozess?*, in ZA, 1938, 774), il quale dimostra come la portata pratica della cosidetta « abolizione del processo civile », auspicata dal BAUMBACH, sarebbe in realtà, quantunque presentata con grosse frasi, assai meschina; e che in sostanza la posizione del giudice e delle parti nel processo civile rimarrebbe sempre comandata dai rispettivi interessi, indipendentemente da quei cosiddetti principî « etici » coi quali a parole si vorrebbero rinnovare gli istituti giudiziarî.

* * *

Ma più che in queste polemiche generiche, il progresso del principio inquisitorio si può cogliere nei suoi aspetti positivi in quelle leggi recenti che hanno profondamente trasformato in senso decisamente pubblicistico il diritto matrimoniale e familiare, ed hanno apportato parallelamente analoghe modificazioni nel processo. La legge del 6 luglio 1938 (*G. zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschliessung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet*, RGBl., I, 807; e relativo decreto per l'esecuzione del 27 luglio 1938, in RGBl., 923) ha profondamente modificato il diritto matrimoniale germanico, nel senso di sottrarre interamente il matrimonio alla sfera dei contratti di diritto privato e ad ogni considerazione attinente agli interessi individuali dei coniugi, e di costruirlo esclusivamente come un istituto di diritto pubblico, che ha importanza solamente in vista della esistenza e della salute del popolo tedesco. In relazione a questa premessa, lo scioglimento o il mantenimento del vincolo matrimoniale (e quindi i mezzi processuali per far valere le relative azioni) non possono più dipendere dalla sola volontà dei coniugi: tutte le volte in cui il matrimonio, a causa del dissolvimento dei rapporti normali tra i coniugi, non sia più idoneo a raggiungere le sue finalità pubblicistiche, tale unione non ha più valore per la comunità del popolo, e quindi esso deve potersi sciogliere di diritto: d'altra parte un matrimonio che ha o può avere ancora qualche valore per la comunità del popolo, deve esser mantenuto anche contro la volontà dei coniugi (cfr. su questa legge tedesca, VASSALLI, *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale*, in *Arch. dir. eccl.*, I, 1, pag. 41 e segg.). Questa profonda trasformazione del diritto matrimoniale, in forza della quale per lo scioglimento o per il mantenimento del vincolo matrimoniale passano in seconda linea tutte

le considerazioni attinenti alla volontà ed alla colpa dei coniugi (tantoché, quando non dà figli, il perdurare del medesimo si può considerare contrario all'interesse pubblico, e morale l'adulterio, *der sittliche Eherbruch*, cfr. BECHERT, in *ZA*, 1939, 444) ha portato naturalmente ad accentuare la tendenza pubblicistica anche nel procedimento con cui si fanno valere contro il matrimonio le azioni di nullità (*Nichtigkeit*, §§ 20-32), di annullamento (*Aufhebung*, §§ 33-45) e di divorzio (*Scheidung*, § 46 e segg.). La tendenza, che si manifestò nei lavori preparatorî della riforma, a trasformare le cause matrimoniali in un procedimento di giurisdizione volontaria, non ha prevalso; ma, pur mantenendosi le forme contenziose, l'iniziativa ufficiale è stata naturalmente allargata, e rafforzati i poteri inquisitorî del giudice anche contro il principio dei *favor matrimonii*. Secondo i §§ 30 e segg. della *Verordung* 27 luglio 1938, le disposizioni della *ZPO* concernenti le cause matrimoniali sono state notevolmente modificate in tal senso: il processo si svolge a porte chiuse (§ 31); l'avvocato dello Stato può sempre intervenire « per far valere le circostanze che consigliano il « mantenimento o lo scioglimento del matrimonio dal punto di vista « della comunità popolare », e può di regola allegare fatti e proporre mezzi di prova anche se non dedotti dalle parti: il principio inquisitorio è attuato il pieno anche nei processi attinenti alla filiazione (§ 44). Per maggiori particolari sulla struttura del processo in queste cause dopo la riforma del 1938, cfr. SCHÖNKE, *Zivilprozess*, § 94 (sul quale cfr. oltre, in questa stessa rassegna).

A gravi questioni dà luogo l'applicazione di quella *Familienrechtsnovelle* 12 aprile 1938, della quale detti notizia in una precedente rassegna (cfr. *retro*, lett. *B*). L'azione di accertamento dell'origine ha acquistato, com'è facile intendere, una importanza enorme nel diritto tedesco attuale. Si discute se il figlio legittimo nato durante il matrimonio possa agire per far dichiarare che egli non è figlio del marito di sua madre, e per far accertare il carattere adulterino della propria nascita; si risponde in senso negativo, per mancanza del requisito dell'interesse, quando il marito della madre è di razza ariana, ma la risposta è invece affermativa quando questi è di razza non ariana (GÜNTHER, *Die Festellungsklage wegen Abstammung und die Familienrechtsnovelle*, in *JW*, 1938, 1699). Si discute anche sulle relazioni tra l'azione di accertamento della filiazione illegittima, e l'azione di alimenti che il figlio illegittimo ha verso il proprio padre naturale, e sul modo di sciogliere il contrasto dei giudicati nel caso in cui vi sia divergenza tra la paternità riconosciuta agli effetti degli alimenti (*Zahlvaterschaft*) e la paternità riconosciuta secondo il sangue (*Blutsvaterschaft*): cfr., HAHN, in *JW*, 1938, 2714; FISCHER, in *DR*, 1939, 748.

In tema di cosa giudicata (su di che ricordo un buon articolo del LENT, *Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile*, in *ZZP*, LXI, 279, nel quale si sostiene che le sentenze costitutive non sono atte ad acquistare l'efficacia di cosa giudicata in senso sostanziale: cfr. sull'argomento il noto volume di HEINITZ, *Limiti oggettivi della cosa giudicata*, pagg. 106-260), è evidente nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca di questi ultimi anni, ed è logico che sia così, una sempre più accentuata tendenza, che è un altro sintomo di orientamenti assai più generali, a scuotere il principio della immutabilità del giudicato. L'aspirazione alla certezza del diritto, che è la giustificazione sociale dell'autorità della cosa giudicata, viene considerata come un pregiudizio di marca « liberalistica »: e si cerca di allargare l applicazione dell'azione per abuso della cosa giudicata (*Missbrauch der Rechtskraft*, § 826, BGB.) a tutti i casi in cui la sentenza passata in giudicato si possa dimostrare, anche all'infuori dei motivi espressamente previsti come mezzi di revocazione, ottenuta *contra bonos mores*. Questa è, come facilmente si intende, una strada che può portare lontano: fino ad ammettere che le sentenze ingiuste non passino mai in giudicato, ossia ad abolire l'istituto della cosa giudicata, considerata come espressione di un superato *Formalrecht* (cfr. SCHNEIDER, in *DR*, 1939, 700; WEH, *ivi*, 473; GADOW, in *ZZP*, LXI, 313).

* * *

Il *favor debitoris* al quale si inspirano le più recenti leggi tedesche sulla esecuzione forzata, è di nuovo visibile nella legge 17 agosto 1938 sulla liquidazione dei vecchi debiti (BGBl., I, 1033); la quale è anche interessante come ulteriore riprova dello slittamento del processo civile tedesco verso le forme della giurisdizione volontaria. Questa legge mira ad aiutare quei debitori, che, esercitando una professione o mestiere indipendente, siano caduti in dissesto prima del 1° gennaio 1934, a causa della crisi economica o anche in conseguenza della attività prestata per la causa nazionalsocialista, ed abbiano in tale dissesto perduto il loro patrimonio: se, nonostante che essi si siano spogliati del loro patrimonio per far fronte ai loro impegni, tuttavia non sono stati in grado di estinguere tutte le loro passività, non debbono questi vecchi debiti impedire loro di rifarsi una nuova situazione professionale e di godere un tenor di vita corrispondente al loro grado sociale; e i creditori debbono, come membri della comunità del popolo, consentire che il peso dei vecchi debiti sia adeguato alla capacità economica del debitore, e in certi casi addirittura rinunciare ad ogni ulteriore pagamento. Sono esclusi dai benefici della legge quei debitori che siano imputabili di condotta disonesta o colposa, o per i

quali la protezione apparirebbe contraria al sano sentimento del popolo (§§ 4 e 5). Se il debitore non riesce ad accordarsi amichevolmente coi suoi creditori (§ 4), egli può ricorrere al giudice come *Vertragshilfe* (*Amtsgericht*: § 7); ma se neppure la mediazione del giudice riesce a metter d'accordo il debitore e i creditori per una transazione consensuale, il giudice può allora esercitare anche contro la volontà dei creditori un potere di autorità, in forza del quale egli modifica e ricostruisce (« *gestaltet* ») i rapporti tra gli interessati, in modo da raggiungere una sistemazione conveniente ed equa, conforme agli scopi della legge. Nell'esplicazione di tale potere, che solo per approssimazione si può chiamare giurisdizionale, perché esso non mira all'applicazione del diritto esistente, ma alla creazione di rapporti giuridici nuovi in base a criterî di equità (poteri in certo senso simili sono attribuiti da noi ai commissarî per gli usi civici), il giudice può concedere dilazioni, stabilire pagamenti rateali, dichiarare estinta quella parte di debito che presumibilmente non sarà pagata entro dieci anni, modificare convenzioni già stipulate tra gli interessati sul regolamento dei vecchi debiti, e altresì tener conto, come causa d'estinzione del vecchio debito, del guadagno che il creditore abbia potuto conseguire col rivendere l'immobile o la nave del debitore acquistata attraverso l'esecuzione forzata (§ 6). Per il procedimento valgono le norme della giurisdizione volontaria: il giudice deve trattare oralmente col debitore e coi creditori, ed è libero di procedere anche nell'istruttoria come ritiene più conveniente (può senza formalità sentire testimoni, ordinare perizie, richiedere l'esibizione di documenti agli interessati o ai terzi, ecc.). La sentenza, che regola *ex novo* i rapporti tra debitore e creditori, è impugnabile con reclamo al *Landgericht*, e contro la decisione di questo può, nei casi giuridicamente ed economicamente più importanti, essere presentato ulteriore ricorso al *Kammergericht* di Berlino o all'*Oberlandesgericht* di Monaco (§ 11): essa è peraltro, anche all'infuori di queste impugnative, sempre soggetta ad esser modificata per circostanze sopravvenute, o quando si dimostri basata su presupposti di fatto non esatti o incompleti. È evidente come i poteri concessi da questa legge all'autorità giudiziaria oltrepassino di gran lunga i limiti tradizionali della giurisdizione: qualche punto di somiglianza si può trovare col nostro procedimento di concordato preventivo, ma qui i poteri del giudice sono assai più ampî, perché essi fanno a meno di ogni consenso dei creditori e mirano, anziché a garantire la *par condicio creditorum*, a dare ad ogni rapporto creditorio un regolamento suo proprio, che può voler dire trattamento dissimile di casi simili. Si va, insomma, molto al di là delle comuni sentenze costitutive, che appaiono come la attuazione di un preesistente diritto della parte al mutamento: qui

è il giudice che, di suo arbitrio e indipendente dalla volontà degli interessati, dissolve i rapporti di diritto privato preesistenti, e li ricrea discrezionalmente caso per caso, d'autorità. È controverso se la legge di liquidazione comprenda i crediti accompagnati da garanzie reali (cfr. ZÖLLER, in *DR*, 1939, 209; PÖTTER, *ivi*, 210).

La tendenza della attuale legislazione tedesca ad ampliare sempre più i poteri del giudice, sostituendo alle norme generali ed astratte la giustizia del caso per caso, trova un'altra tipica manifestazione in sede esecutiva in quelle leggi che mirano a tutelare il debitore contro l'esecuzione forzata, mediante limitazioni stabilite volta per volta dal giudice, secondo la potenzialità economica e secondo la posizione sociale del debitore; tali sono la legge del 26 ottobre 1934 (RGBl., I, 1070) che regola il pignoramento delle mercedi, la legge sugli abusi dell'esecuzione forzata del 13 dicembre 1934 (*Vollstreckungs-missbrauchgesetz*, RGBl., I, 1234), e la legge del 7 aprile 1938 (cfr. *retro*, lett. *B*) che ha completato il sistema delle due leggi precedenti. Ora il debitore può chiedere al giudice dell'esecuzione che stabilisca il limite della impignorabilità, in modo da lasciargli di che provvedere anche alle spese straordinarie alle quali egli deve in quel momento far fronte (spese per il medico, istruzione dei figliuoli, ecc.); e altresì che tenga conto della situazione economica del creditore, e quindi della maggiore o minore urgenza del suo soddisfacimento (cfr. sulla legge 7 aprile 1938, BÖHLE-STAMSCHRÄDER, in *DR*, 1939, 138). Le grandi difficoltà pratiche a cui dà luogo, in tema di pignoramento di mercedi, questo sistema, il quale richiede per ogni caso una soluzione diversa, basata su calcoli difficili e su indagini complicate, è posta in luce dalla dottrina (RÜHLING, in *DR*, 1939, 681; MÜLLER POHLE, in *DR*, 1939, 676; GOOSE, in *ZZP*, XLI, pag. 354 e segg.). Noto infine, in tema di esecuzione, l'interessante studio di BLEY, che può dar luogo ad utili raffronti anche col nostro diritto, sulla posizione e sui poteri degli amministratori giudiziali dei beni del debitore, nei varî casi in cui ciò è possibile (*Der Einfluss der Vergleichsverwalter und der Sachwalter auf die Geschäftsführung des Vergleichsschuldners*, in *ZZP*, LXI, pag. 410 e segg.).

* * *

La legge 4 gennaio 1939 (*Justizausbildungsordnung*, RGBl., 5) regola in modo uniforme per tutta la Germania, compresa l'Austria e la Cecoslovacchia, la preparazione teorico-pratica dei giuristi, che è unica per coloro che aspirano a diventare magistrati e per coloro che vogliono dedicarsi all'avvocatura e al notariato. Dopo tre anni di studio universitario, durante il quale, nel periodo delle vacanze,

lo studente deve aver lavorato come praticante per 6-8 settimane presso un *Amtsgericht*, ha luogo il primo esame di Stato; dopo il quale, il tirocinio pratico (*Vorbereitungsdienst*) si svolge per altri tre anni frazionato in numerosi periodi durante i quali il candidato deve prestar servizio o presso i varî organi giudiziari civili e penali o presso un avvocato *ed anche (per due mesi) in un campo di lavoro.* Alla fine del triennio di pratica, ha luogo il secondo esame di Stato, che dà l'abilitazione all'esercizio della professione legale o alla magistratura (cfr. PALANDT, in ZA, 1939, pag. 38 e segg.). Si lamenta che gli studî giuridici durino troppo, in modo da non assicurare prima dei trent'anni un guadagno tale che renda possibile al giovane giurista il formarsi una famiglia: a questo si attribuisce la mancanza di studenti che in Germania si va delineando nelle facoltà di legge (ROTHENBERGER e BRAUER, in ZA, 1939, 145), non senza considerare che a tale rarefazione deve aver contribuito l'opinione, che subito dopo l'avvento del nazionalsocialismo fu largamente manifestata, che la professione di avvocato fosse destinata a cadere insieme col liberalismo. Ma oggi, come in Italia, questa opinione è definitivamente superata (DROEGE, *Die Rechtsfertigung des Anwaltsberufes im nationalsozialistischen Volksstaat*, in *JW*, 1938, 2505). Sui compiti, e sulla posizione che ha in Germania, nel momento attuale, il docente di scienze giuridiche, è uscito di recente, tra le pubblicazioni dell'Accademia per il diritto tedesco, un libro, piccolo di mole ma di grande importanza, di GUGLIELMO KISCH (*Der deutsche Rechtslehrer*, in *Schriften der Akademie für Deuts. Recht*, 1939), che, per la vastità del suo contenuto filosofico e politico, sfugge ai modesti intenti di questa rassegna di diritto processuale. Ci limitiamo a rilevare con soddisfazione un riconoscimento che, proveniente da un maestro di sì alta autorità, fa onore all'Italia: dopo aver notato che nella Germania attuale la qualità dei giovani che si dedicano agli studi giuridici è piuttosto scadente, il K. osserva che « uno sguardo allo sviluppo che negli ultimi decennî ha raggiunto in Italia la scienza del diritto suggerisce un confronto che non è a nostro favore » (pag. 82).

* * *

Non posso chiudere questa rassegna senza ricordare che alla fine del 1938 ADOLFO SCHÖNKE, professore all'Università di Friburgo, ha pubblicato il suo volume *Zivilprozessrecht* (Berlin, 1938, pagg. XII-424), il quale costituisce la prima esposizione sistematica del diritto processuale civile uscita in Germania dopo l'avvento del nazionalsocialismo. Questo pregevole manuale, che certamente avrà grande fortuna perché è attualmente l'unico che esponga con metodo scientifico la legislazione

processuale tedesca aggiornata colle sue ultime riforme, è interessante, oltreché sotto l'aspetto strettamente tecnico e pratico, anche sotto un aspetto più vasto, di ordine storico-politico: allo studioso straniero, che ha presente l'esposizione sistematica del processo civile tedesco quale si leggeva sui trattati più meritatamente reputati fino a pochi anni fa (ricordo, per non parlare che dei più recenti, quelli di JAMES GOLDSCHMIDT e del ROSENBERG), può venir la curiosità di ricercare, in questo recentissimo trattato dello SCHÖNKE, se la profonda trasformazione politica operatasi nell'ordinamento costituzionale dello Stato abbia prodotto altrettanto profonde trasformazioni negli istituti processuali, e quindi nella esposizione sistematica dei medesimi. In realtà, in questo trattato, lo scheletro dogmatico rimane all'incirca quello tradizionale: e l'insegnamento dei maestri, ed in ispecie del GOLDSCHMIDT, è vivo e presente in ogni pagina. Tuttavia, su questa solida impalcatura sistematica, lo SCHÖNKE ha saputo mettere in bella evidenza tutto quello che la rivoluzione socialnazionalista ha apportato di nuovo nel processo civile, con esplicite parziali riforme o anche coll'introdurre nuovi spiriti in istituti apparentemente immutati. Specialmente interessanti sono in proposito le osservazioni contenute nei §§ 1 e 2 (che mostrano la trasformazione in senso autoritario dei concetti di azione, di processo, di rapporto processuale), nel § 4 (con notizie sintetiche sulla legislazione processuale tedesca posteriore al 1933, e sulla riforma in preparazione), nel § 8 (sul principio dispositivo e sulla opportunità di sostituirlo col principio inquisitorio), nel § 17 (che parla della posizione del giudice di fronte alla legge e di fronte alla volontà del *Führer*), ecc.. Specialmente interessanti, perché contenenti la prima esposizione sistematica delle leggi speciali più recenti, i §§ 93-95, sulle controversie di stato, matrimoniali e familiari.

D

Lo stato di guerra ha accentuato e rivelato in maniera sempre più decisa nella legislazione e nella letteratura processuale germanica le tendenze già osservate nelle nostre precedenti rassegne: limitazioni sempre più penetranti del principio di legalità, e corrispondente prevalenza sempre più decisa del potere discrezionale; riduzione del principio dispositivo; abolizione delle forme processuali; trasformazione sempre più evidente della giustizia civile in un procedimento di polizia, senza garanzie di imparzialità e senza impugnazioni.

Ricordiamo qui per sommi capi i più importanti provvedimenti legislativi in materia giudiziaria dall'inizio della guerra mondiale (cfr.

in generale, sull'adeguazione della giustizia alle eccezionali esigenze della guerra, VOLKMAR, in *ZA*, 1939, 556).

Il decreto 1° settembre 1939 (RGBl., 1939, I, 1656: *Ver. über Massnahmen auf dem Gebiete des bürgerlichen Streitverfahrens, der Zwangsvollstreckung, des Konkurses und des bürgerlichen Rechts*) disciplina la generale sospensione dei procedimenti e dei termini a causa dello stato di guerra. Sono sospesi tutti i procedimenti civili in cui siano interessate persone « colpite dalle speciali condizioni create dalla presente situazione politica »; se la persona ha già un difensore, la sospensione è rimessa alla discrezione del giudice. I procedimenti di esecuzione immobiliare sono sospesi; anche quelli sui mobili possono essere sospesi dal giudice nell'interesse del debitore. L'apertura del fallimento è ammissibile solo su istanza del debitore. I termini di prescrizione sono sospesi fino a nuovo ordine. Con decreto del 18 settembre 1939 (RGBl., 1939, I, 1847) è stata regolata la nomina dei rappresentanti professionali degli avvocati richiamati alle armi (cfr. OJA, in *DR*, 1939, 1842).

Più interessanti per la disciplina del processo, perché introducono riforme destinate forse a durare oltre lo stato di guerra, sono i *tre decreti di semplificazione* (*Vereinfachungsverordnungen*), dettati per rendere più sollecita e meno complicata l'amministrazione della giustizia civile, in data 1° settembre 1939, 18 settembre 1940, 16 maggio 1942.

Col primo di questi tre decreti (RGBl., I, 1658: *Ver. über Massnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege*) la competenza degli *Amtsgerichte*, corrispondenti ai nostri pretori, è aumentata da 500 a 1.500 RM; nei *Landgerichte*, corrispondenti ai nostri tribunali, la collegiabilità è abolita, sostituita dal giudice unico; l'appello, ammesso solamente quando la *summa gravaminis* superi i 500 RM, è portato sempre, anche contro le sentenze dei giudici minori, direttamente all'*Oberlandesgericht*, corrispondente alla nostra corte d'appello, che conserva ancora la formazione collegiale. Il ricorso in revisione è ammesso solo quando oltrepassi la *summa gravaminis* di 10.000 RM (contro questa disposizione, cfr. MICHAELIS, in *ZA*, 1941, 108). La riforma più notevole, perché rivelatrice di una tendenza capace di svolgimento, è quella del § 10, secondo la quale gli *Amtsgerichte* e i tribunali del lavoro potranno d'ora in avanti *stabilire caso per caso la propria procedura*: essi sono così sottratti all'osservanza di ogni norma formale, comprese, a quanto sembra, quelle attinenti alle garanzie minime del contraddittorio.

Il secondo decreto di semplificazione, quello del 18 settembre 1940 (RGBl., 1940, I, 1253: cfr. lo scritto di BAUMBACH ricordato più avanti) ha avuto lo scopo di riformare alcune delle riforme introdotte dal primo,

ossia di tornare all'antico; la *summa gravaminis* di 500 RM per l'appello è stata abolita e l'appello contro le sentenze degli *Amtsgerichten* è stato restituito ai *Landgerichten*.

Prima di parlare del terzo decreto di semplificazione, bisogna ricordare per ordine cronologico la legge, molto significativa, sull'intervento del pubblico ministero nelle cause civili, del 15 luglio 1941 (in RGBl., I, 383; *G. über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürg. Rechtssachen*; cfr. su di essa VOLKMAR, in *ZA*, 1941, 238). Il potere del pubblico ministero di intervenire nelle cause civili, che finora era stato riconosciuto soltanto da leggi speciali, soprattutto in materia matrimoniale, familiare e « razziale » (cfr. la precedente *Rassegna* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 297), è esteso da quest'ultima legge a tutte le cause civili, nelle quali il pubblico ministero può intervenire « per far valere circostanze delle quali, nel procedimento e nella decisione, si debba tener conto del punto di vista della comunità del popolo »: a tale scopo il pubblico ministero interveniente può allegare fatti non allegati dalle parti, proporre prove non proposte dalle parti. Il principio dispositivo si trova così praticamente annullato (il VOLKMAR ritiene però che il pubblico ministero possa allegare contro la volontà delle parti solo quei fatti di cui il giudice dovrebbe tener conto anche d'ufficio, quali ad esempio le infrazioni alle norme sui prezzi massimi, sulle divise, ecc.).

La norma più rivoluzionaria è quella contenuta nel § 2 della legge, secondo la quale l'avvocato generale del *Reich* (*Oberreichsanwalt*) che già, per un decreto del 16 settembre 1939 (RGBl., 1939, I, 184) aveva il potere di far riaprire tutti i processi *penali* terminati con sentenza passata in giudicato, può chiedere ora, entro un anno dal passaggio in giudicato, la revisione di qualsiasi sentenza *anche civile*, quando sorgano dubbi sulla sua giustizia in fatto o in diritto, o quando gli sembri che un nuovo dibattimento e una nuova decisione siano richiesti dalla speciale importanza che la decisione presenta per la comunità del popolo (« *wegen der besonderen Bedeutung der Entscheidung für die Volksgemeinschaft* »). Il *iudicium rescindens* per ottenere questa revisione dei giudicati civili si svolge dinanzi al grande senato del *Reichsgericht*, il quale decide sulla domanda dell'avvocato generale, *senza intervento delle parti*: se ritiene di doverla accogliere, ordina la chiamata delle parti e designa il giudice dinanzi al quale si dovrà riaprire il processo (o lo stesso giudice che aveva pronunciato la sentenza revocata, o uno dello stesso grado, o anche una sezione dello stesso *Reichsgericht*). Il giudice di rinvio è vincolato dall'opinione espressa dal *Reichsgericht*, così sul punto di diritto come su quello di fatto. Questa facoltà di revisione si estende ad ogni causa civile, comprese quelle del lavoro; alle sentenze prounciate nei processi di

esecuzione e fallimentarî; ed anche alla giurisdizione volontaria. Su questa legge si può consultare l'articolo del BARTH (in *DR*, 1941, 1861), il quale spiega che, essendo spesso molto difficile per il giudice discernere bene in che cosa consistano, nel singolo caso, le esigenze della comunità del popolo, il pubblico ministero è messo in grado, in forza di questi nuovi poteri ad esso conferiti, di chiarirgli le idee in proposito: da parte sua il B., per contribuire come può a questa chiarificazione, esprime l'opinione che questa domanda straordinaria di revisione debba essere limitata a quei soli casi in cui il giudicato sia in contrasto cogli interessi vitali della comunità, o apparisca intollerabile al sentimento giuridico del popolo tedesco. Da questa formula così elastica, una sola conclusione scaturisce anche troppo chiara: che la cosa giudicata è morta e sepolta!

Il terzo decreto di semplificazione ha come suo precedente immediato certe direttive di massima sulla semplificazione della giustizia che sono state dettate dal *Führer* il 21 marzo 1942 (*Erlass des Führers über die Verainfachung der Rechtspflege*, in RGBl., 1942, 139): a un preambolo in cui si afferma che « la difesa del popolo e del Reich richiede che il lavoro della giustizia si svolga agevole e celere », seguono sei proposizioni che fissano i mezzi per raggiungere questo scopo: per quello che riguarda il processo civile, vi si proclama la necessità di ridurre al minimo la motivazione delle sentenze (II), di limitare i mezzi di impugnazione e le nuove prove di appello (IV).

Queste direttive di semplificazione, per esser bene intese, devono esser messe in relazione colla deliberazione 26 aprile 1942 del *Reichstag* (RGBl., 1942, 247), secondo la quale il *Führer*, cumulando in sé tutti i supremi attributi, fra cui quello di supremo signore dei tribunali (« *als oberster Gerichtesherr* »), ha il potere di servirsi di tutti i mezzi che gli sembrino appropriati per costringere ogni tedesco (soldati o ufficiali, funzionari e giudici inferiori e superiori, lavoratori e datori di lavoro) all'osservanza dei suoi doveri, e per castigarli in caso di violazione con pene da lui stabilite, senza riguardo ai cosiddetti diritti quesiti ed in ispecie senza bisogno di aprire un procedimento scritto per revocarli dal loro ufficio o grado.

Basato su queste premesse, il terzo decreto di semplificazione, 16 maggio 1942 (RGBl., 1942, I, 333: *Ver. zur weiteren Vereinfachung der Gerichtsverfassung, der bürg. Rechtspflege und des Kostenrechts*; sul quale cfr. in generale STAD, in *DJ*, 1942, 351) ha lo scopo immediato di risparmiare personale giudiziario; ma contiene anche innovazioni di procedura che, ancor più di quelle viste nei precedenti decreti, sono interessanti per il loro carattere sistematico. Le innovazioni di carattere più « drastico » sono quelle del § 2, che, limitando la motivazione della sentenza « a un riassunto conciso degli elementi asso-

lutamente indispensabili per comprendere la decisione » viene in sostanza praticamente ad abolire ogni garanzia di seria motivazione (vi è di più: che in cause patrimoniali, ove il giudice ritenga che contro la sua sentenza non sia ammissibile impugnazione, può addirittura astenersi dal motivarla): e quella del § 6, secondo il quale ogni mezzo di impugnazione può essere respinto senza trattazione orale, con decreto non impugnabile « se il giudice ritiene che il gravame sia assolutamente infondato ». Notevole anche (§ 7) l'abolizione dell'*ius novorum* in appello, sull'esempio del diritto austriaco: secondo il nuovo testo dei §§ 529 e seg. *ZPO*, non soltanto sono in ogni caso inammissibili in appello le nuove domande: ma altresì le nuove eccezioni e le nuove prove, e le nuove deduzioni contrastanti col comportamento delle parti in primo grado sono ammissibili soltanto « se non si poteva esigere dalla parte di farle valere in primo grado, tenuto conto del dovere delle parti di condurre il processo in modo oggettivo e diligente »: la formula è diversa da quella adottata dal nostro Cod. proc. civ., art. 345 secondo comma, ma in sostanza credo che abbia portata non molto differente. A proposito dell'appello notiamo di passaggio che è stata ristabilita da questo terzo decreto di semplificazione (§ 5) la *summa gravaminis* di 500 RM, già istituita col primo decreto, ed abolita col secondo: non dispiace rilevare che anche in Germania è vero il proverbio « fare e disfare è tutt'un lavorare ».

In materia esecutiva merita infine di esser ricordata la legge del 30 ottobre 1940 sul pignoramento delle mercedi (cfr. la precedente *Rassegna*, cit., 1939, I, 300), la quale stabilisce, qualunque sia l'ammontare dello stipendio o del salario, una somma minima che è in ogni caso impignorabile (RM 130); mentre la parte che eccede questo minimo è pignorabile in misura diversa (ma mai completamente) secondo il numero delle persone che vivono a carico del debitore (cfr. VOLKMAR, in ZA, 1940, 348).

* * *

La dottrina processuale di questi ultimi anni non è molto ricca: di contributi alla soluzione di problemi che non abbiano un valore puramente contingente, non trovo da ricordare che una esauriente monografia, interessante anche per il diritto italiano, del LENT, *Zur Lehre von der Partei kraft Amtes*, *ZZP*, LXII, 129 e segg., nella quale si studia se sia ed in che senso sia parte nel processo l'amministratore di un « patrimonio autonomo », e si sostiene che la dottrina tradizionale la quale vede in questa figura un caso di rappresentanza legale sia preferibile a quella, adottata recentemente in Germania dal

Reichsgericht, che attribuisce qualità di parte all'amministratore, non come rappresentante, ma come investito di un ufficio (*Partei kraft Amtes*).

In generale la dottrina, quando non affronta i problemi della riforma del processo, preferisce fermarsi su casi giurisprudenziali attinti dall'applicazione delle nuove leggi matrimoniali o « razziali », i quali possono servire da pietra di paragone per saggiar la resistenza di certe costruzioni della vecchia dogmatica. Il *punctum dolens* intorno al quale par che i processualisti siano più o meno consapevolmente attirati è quello della cosa giudicata. La certezza del diritto, tradotta in linguaggio giudiziario, vuol dire certezza di giudicati; e quando la certezza del diritto è in pericolo, anche l'autorità della cosa giudicata rientra in giuoco. Già si vide, nella precedente Rassegna (*retro*, lett. *C*), come le tradizionali barriere della cosa giudicata siano superate dalla tendenza ad affermare in confini sempre più vasti l'inefficacia del giudicato *contra bonos mores*; e proprio nella presente rassegna si è visto come queste stesse barriere non abbiano ormai più alcun valore per l'*Oberreichsanwalt* dopo la legge del 15 luglio 1941. Ma anche i giuristi mostrano una certa insofferenza di queste barriere. È molto dibattuto il problema del passaggio in giudicato delle sentenze costitutive, soprattutto in relazione alle sentenze di divorzio. Secondo la legge matrimoniale del 6 luglio 1938 (cfr. precedente Rassegna, lett. *C*) il divorzio si può chiedere quando fra i coniugi vi sia stata una separazione di oltre tre anni che dimostri un irrimediabile dissolvimento del legame matrimoniale; si discute se, essendo stata respinta con sentenza passata in giudicato una prima domanda basata su questo motivo, possa la stessa domanda esser ripresentata dopo altri tre anni senza che siano sopraggiunti fatti nuovi: e si risponde in senso affermativo, contrariamente a quella che sarebbe la soluzione da dare in base ai principî più rigorosi sui limiti della cosa giudicata (cfr. Botticher, in *ZA*, 1941, 341; Frank, in *DR*, 1941, 1033; Dolle, in *ZZP*, LXII, 281).

Si afferma in tutt'altro campo, che il testimone la cui deposizione falsa è stata presa a fondamento di una sentenza civile, possa esser condannato ai danni in favore della parte soccombente nonostante che tale sentenza sia passata in giudicato (Cochmens, in *ZA*, 1941, pag. 287); e nel conflitto tra la sentenza passata in giudicato che decide sul diritto agli alimenti del figlio contro il padre naturale, e la sentenza di accertamento « razziale » che nega la paternità dopo il passaggio in giudicato della prima, si afferma che debba sempre prevalere la seconda (Paulick, in *ZA*, 1941, 82), senza che vi sia un solo scrittore che si arrischi a difendere i principî della cosa giudicata. Una indagine analitica della giurisprudenza tedesca sotto questo profilo

potrebb'essere molto istruttiva: vi si scoprirebbero i sintomi di quell'aspetto della crisi della legalità (3) che si può denominare la *crisi della cosa giudicata.*

* * *

Il problema della riforma generale del processo è, anche ufficialmente, all'ordine del giorno, dopo che, il 20 agosto 1942, è stato pubblicato un decreto del *Führer*, che conferisce in proposito speciali poteri al ministro della giustizia (RGBl., I, 535). Il decreto dice così: « Per l'adempimento dei compiti della grande Germania è necessaria una giurisdizione forte. Incarico ed autorizzo perciò il ministro della giustizia del Reich a creare, secondo le mie direttive ed ordini, di concerto col ministro capo della cancelleria del Reich e col capo della cancelleria del partito, una giurisdizione nazionalsocialista, e a provvedere a tutte le misure necessarie a tal fine. Egli può scostarsi dal diritto vigente ».

Ignoro sotto quali aspetti questa fondamentale rinnovazione della giustizia germanica riguarderà il processo civile; per ora si sa soltanto che tra i tecnici che collaboreranno alla riforma avrà un posto preminente quel ROTHENBERGER, di cui già nelle precedenti *Rassegne* (1938, I, pag. 131; 1939, I, pag. 293) abbiamo avuto occasione di riassumer le idee, decisamente contrarie alla indipendenza ed alla « apoliticità » dei giudici: si può quindi su questi principî da lui professati, che meritatamente gli hanno valso l'assunzione ai più alti fastigi politici, fondare qualche generica previsione sugli orientamenti della riforma.

Non è difficile prognosticare che essa sarà, anche nel processo civile, in senso rigorosamente pubblicistico e inquisitorio. Vi è già chi propone di conferire al giudice il potere di assumere d'ufficio tutte le prove che ritenga rilevanti; così l'IONAS, in *DR*, 1941, 1697, il quale adopra per indicare questa sua aspirazione il titolo piuttosto elettrizzante di « sprigionamento dell'energia del giudice nel campo della chiarificazione dei fatti » (*Freimachung der richterlichen Energie auf dem Gebiete der Tatsachenaufklärung*). Ma soprattutto penso che possano essere utilizzati per questa riforma in corso i contributi del BAUMBACH, autore di quello scritto, già da me riassunto su *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 336, che proponeva l'abolizione del processo civile e la sua trasformazione in un procedimento di giu-

---

(3) Sulla quale, cfr. ora il volume pieno di alta passione per il diritto, di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942.

risdizione volontaria. Da allora il BAUMBACH ha continuato a combattere per questa sua idea. In uno scritto a commento del secondo decreto di semplificazione (in ZA, 1941, 31), egli propone di abolire la distinzione tra gli *Amtsgerichte* e i *Landgerichte* (come chi dicesse da noi la distinzione tra pretori e tribunali) e di lasciare un solo tipo di organi giudiziari di prima istanza (giudici unici), aventi al di sopra le corti collegiali di appello; e prende da ciò occasione per lamentare che la proposta più radicale di abolire ogni differenza tra processo contenzioso e giurisdizione volontaria abbia finora trovato poco seguito. Ma in uno scritto di poco successivo sulla riforma del processo civile (*Zur Zivilprozessreform*, in ZA, 1941, 49) lo stesso B. si dimostra più sodisfatto: la sua idea di abolire il processo civile che da principio suscitò le generali opposizioni, ora, a quanto egli afferma, comincia a guadagnare terreno; e quindi egli crede che i tempi siano maturi per precisare le linee pratiche del programma.

Si può intanto notare che, mentre la sua idea originale era quella (se ben abbiamo capito) di unificare in un solo procedimento la giurisdizione contenziosa con quella volontaria, qui egli ora propone di creare un procedimento unico, da chiamarsi *ordnendes Verfahren*, da valere soltanto per il processo di cognizione con due parti: non quindi per i processi *ohne Streit*, né per quelli di esecuzione. Tuttavia, come ora si dirà, anche questo procedimento apparentemente contenzioso avrebbe più sostanza amministrativa che giudiziaria.

Secondo il suo programma, in primo grado il giudice dev'essere unico: il procedimento comincia con una domanda, che non si deve chiamare né *Klage* né *Guteantrag*, parole sospette che richiamerebbero nozioni ormai superate. Questa domanda non deve avere requisiti né di forma né di contenuto: può essere fatta per iscritto, o a voce presso il cancelliere; non occorre che sia determinata (!). La parte richiedente deve limitarsi a raccontare al giudice i casi suoi; in quanto alla decisione, ci pensa a trovarla da sé il giudice, senza bisogno che le parti complichino le cose coll'indicargli il provvedimento al quale aspirano: e il richiedente dev'essere contento, anche se il provvedimento gli è contrario (!). All'incirca come succede quando si va dal medico: gli si raccontano i sintomi della malattia, ma a prescriver la cura ci pensa lui, e la medicina bisogna trangugiarla anche se è amara, e ringraziarlo.

Questo è il punto in cui meglio appare il carattere paternalistico e poliziesco che avrebbe questo « ordinato procedimento » del BAUMBACH. Il diritto di azione, come diritto a un determinato provvedimento, sarebbe interamente scomparso: la giurisdizione perderebbe la sua funzione di garantire con certezza i diritti soggettivi. Chi si crede leso in un diritto soggettivo, si dovrebbe limitare a versare le sue ambascie

nel seno del giudice, il quale dovrebbe trovar lui, senza bisogno che la parte glielo indichi, il provvedimento più opportuno per rimetter le cose a posto. In questo senso questo procedimento contenzioso si confonde colla giurisdizione volontaria: il ricorso al giudice non sarebbe più l'affermazione di un diritto, ma solo una supplica con cui il richiedente invoca genericamente il « *nobile officium iudicis* », e gli dichiara in anticipo che tutto quanto egli farà, sarà ben fatto.

Il procedimento si inizia con una prima udienza, che serve al tentativo di conciliazione, e, se questo non riesce, alla fissazione della fattispecie: se questa è complicata, segue, per dar tempo alle parti di preparare i necessari chiarimenti di fatto, una seconda udienza, nella quale il giudice fissa per iscritto i termini delle questioni, in maniera non più modificabile nel corso del procedimento. Se necessaria, segue, in apposita udienza, l'istruzione probatoria: il giudice può disporre d'ufficio l'ammissione di qualsiasi mezzo di prova. Le parti, i periti, i testimoni, hanno il dovere di dire la verità, e sono ugualmente puniti se vi trasgrediscono; il giuramento è abolito perché « per molti connazionali ha perduto qualsiasi importanza interna ». Solo la decisione di merito si chiama sentenza: le questioni attinenti al processo si risolvono con ordinanza.

Non esiste contumacia. Se l'attore non si presenta, la domanda si considera ritirata: se non si presenta il convenuto, si dispone il sequestro (*Arrest*) o gli si infligge una pena (!).

La rappresentanza di un avvocato è richiesta solo nei gradi superiori del giudizio. L'esecuzione provvisoria è abolita; la sentenza di primo grado è esecutoria soltanto dopo il passaggio in giudicato.

La parte che propone una domanda consapevolmente infondata è punita.

L'appello alle corti collegiali può esser basato soltanto su errori di diritto, o su fatti nuovi sopravvenuti dopo la fissazione della fattispecie, oppure su fatti che la parte non potè, senza sua colpa, far valere prima.

La revisione al *Reichsgericht* è ammissibile solo: quando la corte d'appello abbia deciso una questione di diritto in senso disforme da un'altra decisione di corte d'appello o del *Reichsgericht*; quando la corte d'appello espressamente dichiari impugnabile la propria sentenza; quando ricorra l'avvocato generale presso il *Reichsgericht*.

A questo dunque si riduce, messa in termini pratici, la portata della grandiosa idea di abolire il processo civile e di unificarlo colla giurisdizione volontaria. In realtà, come già si è notato, nulla si abolisce e nulla si unifica: c'è soltanto la proposta, in verità non nuova, di dare al processo civile un carattere assolutamente inquisitorio, diminuendo di pari passo, per quanto aumentano i poteri del giudice,

le garanzie formali e sostanziali dei giudicabili. Né si può dire che sia originale la struttura formale del procedimento proposto dal BAUMBACH: nel quale ci sembra che evidenti reminiscenze del formalismo di marca prussiana (come la fissazione preliminare del *Thatbestand*) o di istituti del processo inglese (come il condizionare l'ammissibilità della revisione al permesso dello stesso giudice *a quo*) si trovino amalgamate con una cospicua dose di ottimismo e (come si può dire?) di candore.

Certo, è facile semplificare il processo, se nel semplificarlo ci si cura di tutto meno che di far giustizia sui diritti delle parti: allo stesso modo sarebbe facile semplificare la medicina, se nello stabilire le cure si potesse prescindere dalla salute e dalla vita dei pazienti. Il BAUMBACH afferma di essersi ispirato a un detto di Goethe, secondo il quale nella semplificazione c'è sempre un progresso: ci inchiniamo alla grande ombra di Goethe; ma bisogna stare attenti a non confondere la semplicità col semplicismo.

* * *

La presente rassegna era già composta quando mi sono venute sott'occhio, nei più recenti numeri della *Deutsche Justiz* (n. 36 del 4 settembre, e n. 42 del 16 ottobre 1942), le prime anticipazioni su quella che sarà la « ricostruzione », ora in corso, della giustizia tedesca. In due articoli, uno del nuovo ministro della giustizia THIERACK (*Gedanken zum Neuaufbau der deutschen Rechtspflege*, in *DJ*, 1942, 661) ed uno del segretario di Stato addetto al ministero della giustizia ROTHENBERGER, nome già noto ai lettori di queste rassegne (*Die ersten Gedanken über den Aufbau einer nationalsocialistischen Rechtspflege*, in *DJ*, 1942, 565), il pensiero dominante è questo: che la cosiddetta *Weisungsfreiheit* (« indipendenza da ordini ») di cui è fornito il giudice, significa che esso quando giudica è indipendente da tutte le autorità dello Stato fuorché dal *Führer*, dal quale il giudice deriva « direttamente » i suoi poteri: il *Führer* è non soltanto legislatore e capo del potere esecutivo, ma è anche *supremo signore della giustizia*, in modo che tutti i giudici devono giudicare « come il *Führer* », e quindi uniformarsi alla sua volontà. In ogni decisione il giudice deve domandarsi se la legge che applica corrisponda al diritto, quale vive nella coscienza del popolo tedesco e si esprime attraverso la volontà del *Führer*: il giudice non è dunque un applicatore della legge, ma un « *Rechtsfinder* », che deve *trovare* il diritto così come il *Führer* glielo indica. Questi sono pensieri del ROTHENBERGER: il ministro THIERACK da parte sua conferma che il compito principale della « ricostruzione » ch'egli sta elaborando, è la formazione del giudice;

mentre negli Stati liberali si dava importanza alla indipendenza dei magistrati, che venivano così ad esercitare un controllo sullo Stato, nel gran Reich tedesco ciò che conta è che al disopra dei giudici vi sia una *Führung der Rechtspflege*, un controllo supremo della giurisdizione, alle cui direttive i giudici debbono attenersi. L'indipendenza, scrive il ministro, sarà dunque conservata in quanto la decisione dei giudici deve essere libera e non vincolata da ordini (*freie und weisungsungebundene*), ma questa indipendenza dovrà conciliarsi colla sottomissione dei giudici alla *Führung der Rechtspflege*, ed a questa conciliazione (scrive testualmente il ministro THIERACK) « servono tra l'altro le lettere giudiziarie confidenziali, da me personalmente indirizzate a ogni giudice e ad ogni avvocato dello Stato ».

Questa delle lettere confidenziali (*vertraulichen Richterbriefe*) personalmente indirizzate dal ministro della giustizia ad ogni giudice, per consigliarlo sul modo migliore di decidere una determinata causa, non è nella storia un istituto propriamente nuovo; ma certo sarà una bella novità la conciliazione, che ci viene così annunciata, tra l'indipendenza dei giudici e la loro sottomissione a questi autorevoli consigli epistolari, che la posta porterà ogni mattina a ciascuno di loro, in busta chiusa.

XVI

RASSEGNA DI LETTERATURA E LEGISLAZIONI STRANIERE (*)

I. - Austria

Saranno interessanti le ripercussioni che avrà sulla legislazione processuale il compimento dell'*Anschluss*: problema che fu discusso fin dal 1928 dai processualisti germanici ed austriaci convenuti a Vienna, su relazione presentata dal prof. Petschek (*Eine gemeinsame Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich und Österreich*, in *Judicium*, I, pag. 183 e segg.) (1). Probabilmente, quando si arriverà alla unificazione delle due legislazioni processuali, la terza legge che uscirà dalla fusione sarà molto più vicina a quella austriaca che a quella germanica, perché l'ordinamento processuale austriaco dovuto a Francesco Klein accentua, assai più di quello germanico, l'autorità del giudice e sembra aver realizzato già, nel più ampio limite possibile, le concezioni autoritarie che oggi si affermano in Germania anche nel campo del processo civile (2). A tale scopo viene in buon punto l'articolo del Satter (*Das Werk Franz Kleins und sein Einfluss auf die neueren Prozessgesetze*, in *ZZP*, LX, pag. 272 e segg.), il quale segue gli influssi e sviluppi che il pensiero del Klein ha avuto su tutte le principali legislazioni processuali moderne, ed in ispecie sulla recente legge processuale germanica del 27 ottobre 1933: egli tien conto anche dei più recenti progetti di riforma italiana (Carnelutti e Redenti). In generale l'autore mostra un certo scetticismo sulla opportunità di mantenere in tutto il loro rigore certi estremismi tipici del processo austriaco: ritiene che l'oralità debba esser limitata, rileva la corrente molto diffusa in Austria e in Germania alla limitazione della prova testimoniale, nota gli inconvenienti gravissimi del divieto dell'*ius novorum* in appello, esamina la possibilità di estendere la revisione anche al controllo degli errori di fatto più evidenti.

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XV, 1938, P. I, pagg. 134-137; 265-268; 270-271]. [*Bibliografia*, n. 224].

(1) Cfr. in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 367 e segg.

(2) Cfr. in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 80 e segg.

II. - Polonia

La scienza italiana è seguita con intelligente amore dai processualisti polacchi, com'è dimostrato dagli scritti del prof. Marian Waligòrski, docente di diritto processuale all'Univ. di Lwow, il quale ha pubblicato nel fascicolo 22-23 del 1° dicembre 1937 del *Polski proces cywilny* (*Il processo civile polacco*) pag. 700 e segg., un sagace e informatissimo articolo sul *Processo civile e la sua scuola in Italia*, nel quale, dopo un rapidissimo cenno storico sullo svolgimento della legislazione processuale italiana del 1865 fino al progetto Solmi oggi in discussione, si dà una esatta per quanto sintetica visione panoramica dell'altissimo livello raggiunto oggi dalla scienza del diritto processuale in Italia, collocando al loro posto in questo panorama le più rappresentative figure di studiosi, a cominciare dal Chiovenda e dal Carnelutti, e non trascurando di menzionare anche i giovani e i giovanissimi. Nell'articolo si leggono a proposito della nostra *Rivista*, e in generale della scienza processualistica italiana, giudizî che non possono non esserci profondamente cari. Della *Rivista di dir. processuale civile* si dice che « è oggi l'organo più autorevole che esista nel mondo per lo studio della scienza del processo civile »; e nell'introduzione dell'articolo, dopo aver ricordato quanto la scienza processualistica deve alla scuola tedesca nel periodo che va da Wach a Goldschmidt, aggiunge: « Ma negli ultimi tempi si può osservare un arresto della « scienza tedesca nel campo del processo civile. Forse altri problemi « più gravi e più attuali hanno assorbito l'attenzione dei giuristi te- « deschi, forse si potrebbe trovare anche un'altra ragione del fenomeno. « Certo è che i tedeschi hanno perduto il primato che un tempo essi « ebbero nel campo del processo, e questo primato è oggi passato « agli italiani ». Lo stesso W. pubblica, sul medesimo periodico, un ricordo necrologico su Giuseppe Chiovenda, e sulla *Przegl ad Prawa i Administracji* (*Rivista del processo ed amministrazione*) del 1938, pag. 281, un resoconto critico del parere dato dalla Facoltà giuridica fiorentina sul progetto Solmi e una recensione del libro di Heinitz sui *Limiti oggettivi della cosa giudicata* (pag. 285).

Il W. è autore di importanti lavori su vari argomenti di diritto processuale civile polacco (della legge polacca sul processo civile esiste una buona traduzione e illustrazione tedesca di Kann, pubbl. a Berlino nel 1933): lavoro fondamentale, accanto ad altri di minor mole sulla litispendenza, sul processo cumulativo, sulla competenza della corte suprema, è quello su *I motivi di ricorso in cassazione nel processo civile in relazione alla distinzione tra fatto e diritto* (*Podstawy Kasacyjne procesu cywilnego w swietle róznicy pomiedzy faktem i prawem*, We Lwowie, 1936, pag. 369) col quale il valoroso scrittore,

sottoponendo ad acuta critica tutto quanto è stato scritto sull'argomento in Francia, Germania, Austria, Russia, e largamente utilizzando anche la dottrina e la giurisprudenza pratica italiana, riesamina in relazione al diritto polacco tutti i dibattuti problemi teorico-pratici della distinzione tra questione di diritto a questione di fatto, e ci dà di essi, nel riassunto in lingua francese con cui il grosso volume si conchiude, una sintesi tanto più interessante, in quanto, essendo il diritto polacco il punto di incontro e di fusione di diverse legislazioni, la Cassazione qual'è studiata e ricostruita in questo libro si presenta come il prodotto più maturo di tutte le esperienze europee in questo campo.

III. - Stati Uniti d'America

Ai lettori di questa *Rivista* sono note le opere di quell'eminente figura di studioso che è Robert Wyness Millar, professore di diritto alla Northwestern University di Chicago: non soltanto il suo articolo sulla *ficta confessio* pubblicato negli *Studi in onore di Chiovenda*, ma altresì quel suo fondamentale breviario sui *Formative Principles of civil Procedure* che fu recensito in questa *Rivista* nel 1924 (I, pag. 115), e quella monumentale *Storia della procedura civile continentale*, che tanto ha contribuito a render possibile la collaborazione scientifica tra i processualisti angloamericani e i processualisti europei colla dimostrazione della comune origine storica delle rispettive legislazioni e dei principî fondamentali a cui esse si inspirano (cfr. in questa *Rivista*, 1928, I, pag. 67 e segg.). La benemerenza più cospicua del M., che fa di lui una figura unica nel campo degli studî processualistici di tutto il mondo, è proprio quella di aver intrapreso lo studio degli istituti giudiziarî angloamericani tenendo fisso l'occhio sulla storia e sulla dogmatica del processo europeo: sicché la funzione, e si potrebbe dire, la missione del M. nel campo della scienza processualistica mondiale è stata ed è proprio quella di scoprire sotto la terminologia e le forme esterne del processo americano, che ne rendono singolarmente difficile lo studio ai giuristi europei, quella sostanza che è comune patrimonio di tutte le procedure uscite dalla fusione dell'elemento romano coll'elemento germanico, e sulla quale, come su un terreno solidamente raggiunto, possono incontrarsi ed intendersi e collaborare gli studiosi delle più diverse nazionalità.

A questo stesso metodo si inspirano le più recenti monografie del M., edite nel 1937-38. Lo scritto *The Old Régime and the New in Civil Procedure* (New York, University Law Quarterly Review, 1937) è una rapida rassegna delle tappe attraverso le quali si è maturata e compiuta nel secolo scorso in America e in Inghilterra la trasformazione

della procedura civile dall'antiquato sistema complicato e formalistico, basato sulla distinzione tra cause di *common law* e cause di *equity*, al sistema attuale, il quale rappresenta sotto più aspetti, come il M. nota nella conclusione (pag. 54 e segg. dell'estratto), un avvicinamento ai principî processuali comuni alle legislazioni continentali europee. L'evoluzione della procedura civile americana in questi ultimi cinquant'anni è attentamente studiata nell'altra monografia *Notabilia of American civil procedure 1887-1937* (estr. dalla *Harvard Law Review*, 1937, vol. L, n. 7, pag. 1017 e segg.), dalla quale si rileva che anche in America si afferma e gradualmente si attua quella tendenza a rafforzare i poteri di iniziativa del giudice che il nostro CHIOVENDA, di cui il M. riporta un lungo passo (pag. 1068), indicava fin dal 1907 come una delle « correnti del pensiero moderno » nel campo processuale. Di grande importanza storico dogmatica sono le due monografie rispettivamente intitolate *The fortunes of the Demurrer* (Northwestern University Press, Chicago, 1937) e *The Mechanism of Fact-Discovery: a Study in comparative civil Procedure* (id., 1938), ambedue estratte dalla *Illinois Law Review*: la prima studia le fortune storiche del *Demurrer*, che sarebbe una forma di eccezione di diritto attinente al merito, propria del processo angloamericano; la seconda studia l'evoluzione, dal diritto romano-canonico alle legislazioni contemporanee, del meccanismo attraverso il quale l'interrogatorio della parte si è venuto trasformando nel processo civile per diventare uno strumento sempre più adatto alla scoperta della verità.

Nella dottrina processualistica moderna non so quali scritti possano gareggiare con queste due ultime monografie del M. nella assoluta padronanza colla quale egli domina la storia degli istituti processuali e la loro evoluzione nelle legislazioni contemporanee di tutti gli Stati del mondo: questi scritti mostrano in modo esemplare quanto possa essere fruttuosa, nella ricostruzione degli istituti giuridici, la indagine di diritto comparato fatta direttamente e coscienziosamente sulle fonti, quando, a questa veramente impressionante raccolta di notizie comparative, si accoppî, come avviene felicemente nel M., la genialità della sintesi e la vivacità dell'esposizione.

IV. - FRANCIA

Controversie collettive del lavoro. Mentre, fino al 1936, mancava nel diritto francese (leggi 25 marzo 1919 e 25 giugno 1919: art. 31 lett. *v* del *Code du travail*) qualsiasi norma sui procedimenti di conciliazione e di arbitrato delle controversie collettive del lavoro, tre testi legislativi hanno cercato in questi ultimi anni di colmare la lacuna:

le leggi 24 giugno 1936, 31 dicembre 1936 e 4 marzo 1938, che hanno introdotto un sistema di conciliazione e di arbitrato obbligatorio dei conflitti collettivi, avente molti punti di contatto con quello che vigeva in Germania prima del 1934 (cfr. P. AUGIER, *Arbitrage et surarbitrage dans les conflits collectifs du travail*, 1938).

La legge 24 giugno 1936 si limitò a dettar regole per facilitare, colla eventuale mediazione governativa, gli accordi collettivi tra associazioni sindacali, che il ministro del lavoro può (art. 31 lett. *vd Cod. trav.*) dichiarare obbligatorî anche per i non appartenenti alle associazioni stipulanti (*outsider*). La legge 31 dicembre 1936 ha fatto un passo notevole verso la obbligatorietà dell'esperimento della conciliazione e dell'arbitrato, stabilendo (art. 1) che tutte le controversie collettive del lavoro devono essere sottoposte alla procedura di conciliazione e di arbitrato prima della dichiarazione di sciopero o di serrata. Nel caso che gli arbitri, in numero pari per ciascuna delle categorie in conflitto, non riescano a mettersi d'accordo, può essere designato un *surarbitre* (art. 4); il collegio arbitrale ha poteri di amichevole compositore (art. 5), allo scopo di « *établir un réglement équitable des conditions du travail* ». Sulla natura giuridica di queste decisioni, e quindi sui limiti soggettivi della loro efficacia e sulla loro impugnabilità, non esistevano in questa legge 31 dicembre 1936 norme precise, come non esiste neanche ora una precisa definizione di quello che si debba intendere per controversia collettiva (cfr. sulla inammissibilità del ricorso in cassazione contro queste decisioni arbitrali, cass. 7 dicembre 1937, in *Sirey*, 1938, I, 69; sui limiti soggettivi del giudicato, trib. della Senna, 9 luglio 1937, in AUGIER, op. cit., pagg. 59-60). Maggior precisione si nota nella legge del 4 marzo 1938, che distingue la procedura di conciliazione da quella di arbitrato: l'intervento dello Stato nella fase di conciliazione si esplica mediante la facoltà concessa al prefetto di convocare la commissione mista di conciliazione e di assumerne la presidenza (art. 2); se la conciliazione non riesce entro un breve termine fissato dalla legge, la commissione trasmette la controversia agli arbitri; se questi non riescono a mettersi d'accordo, nominano un *surarbitre*; mancando l'accordo anche su questa nomina, essa è fatta dal prefetto o dal ministro competente. E siccome in ultima analisi chi decide la controversia è il *surarbitre*, lo Stato ha per questa via (come avveniva in Germania secondo il sistema vigente fino al 1934) la possibilità di risolvere d'autorità le controversie per le quali non è stato possibile raggiungere una intesa in sede sindacale. Agli arbitri possono essere demandate tanto le controversie giuridiche (conflitti relativi all'esecuzione dei contratti collettivi, delle leggi e decreti sul lavoro), che sono decise « *suivant les règles du droit commun* », quanto le controversie economiche, che

sono decise « *en équité* » (art. 9). Contro la decisione arbitrale, che ha carattere obbligatorio (art. 15) non è dato ricorso né alla corte di cassazione, né al consiglio di Stato; ma è istituita una *cour supérieure d'arbitrage* (art. 13), presieduta dal vicepresidente del consiglio di Stato (3), che può annullare la decisione su ricorso delle parti o del ministro del lavoro; inoltre contro la decisione arbitrale è proponibile una domanda in revisione nel caso che successivamente siano accertate notevoli variazioni nel costo della vita (art. 10).

Composizione della corte di cassazione. In virtù dei pieni poteri concessi dalla legge 13 aprile 1938, un decreto 17 giugno 1938 « *relatif « à l'organisation de la cour de cassation* » ha aumentato il numero del personale addetto alla corte, ed ha modificato l'ordinamento della medesima aggiungendo alle tre *chambres* finora esistenti (*ch. civile, ch. des requêtes, ch. criminelle*) una quarta sezione detta « *chambre sociale* ». La composizione della corte di cassazione, fissata dall'ordinanza del 15 febbraio 1815, era rimasta finora immutata: nonostante che il numero degli affari fosse passato da 2.256 nel 1850 e 6.872 nel 1926, a 8.400 nel 1928, a 12.238 nel 1935, il personale della corte continuava ad esser composto, come nel 1815, da un primo presidente, un procuratore generale, tre presidenti di sezione, quarantacinque consiglieri, sei avvocati generali, cinque cancellieri: il decreto 17 giugno 1938 ha aumentato i presidenti di sezione a quattro, i consiglieri a cinquantaquattro, gli avvocati generali a otto, i cancellieri a cinque, immutati restando gli altri uffici.

La competenza della *chambre sociale*, creata da questo decreto, comprende una parte degli affari finora appartenenti alla sezione civile, ed una parte di quelli finora demandati alle *ch. des requêtes*: essa perciò in alcuni casi decide definitivamente, come la *ch. civile*, in altri decide solo sulla ammissibilità del ricorso, come la *ch. des requêtes* (art. 3): la denominazione di *ch. sociale* le viene da ciò, che in essa si concentrano tutti i ricorsi in cassazione attinenti a materie d'interesse sociale (locazione, revisioni di affittanze rurali, controversie del lavoro, assicurazioni sociali, espropriazioni, etc.).

Il decreto 17 giugno 1938 non tocca in alcun punto il procedimento dei ricorsi in cassazione; che continua ad essere, tuttora invariato come ai tempi del *conseil des parties* dell'*ancien régime*, quello stabilito dal celebre regolamento d'Aguesseau, del 28 giugno 1738, esempio veramente tipico di longevità legislativa, che durante due secoli, compiuti pochi mesi fa, ha sfidato impavido tutte le trasformazioni costituzionali, e non sembra dia segni di prossima fine.

---

(3) Cfr. *La première jurisprudence de la Cour supérieure d'arbitrage*, in *Le Temps*, 14 agosto 1938, pag. 4.

Esecuzione immobiliare. Nella stessa data 17 giugno 1938, un altro decreto ha riformato gli articoli del codice di procedura civile relativi all'esecuzione immobiliare (artt. 673-748), che finora era regolata in Francia in modo anche più complicato e costoso di quanto sia (e non è poco!) nel codice di procedura italiano. La presente riforma, della quale sarebbe troppo lungo riferire qui le disposizioni particolari, non introduce innovazioni profonde al vigente sistema di espropriazione; ma mira soprattutto, estendendo al diritto comune le norme finora riservate alle esecuzioni promosse dalle società di credito immobiliare (legge 5 dicembre 1922), a rendere più celere più semplice e più economico il processo esecutivo, nell'interesse della rapida circolazione dei capitali mobiliari e della sicurezza del credito. Si è eliminata anche la complicazione derivante finora dalla necessità di promuovere una esecuzione separata per ogni immobile, dandosi facoltà al creditore di espropriare con un solo processo più immobili appartenenti allo stesso debitore. Contemporaneamente è stato pubblicato un altro decreto che, a modificazione di diversi articoli del Cod. civ. concernente le successioni e le divisioni, tende ad impedire o a limitare il pericolo dell'eccessivo frazionamento della proprietà fondiaria; è strano che nella riforma della espropriazione immobiliare non sia stato tenuto presente questo stesso pericolo che pur si può presentare anche nella esecuzione forzata attraverso il *lotissement* dell'immobile espropriato.

Un particolare pittoresco: questa riforma del processo esecutivo che è riuscita ad eliminare tante antiquate formalità, non ha osato abolire, tra le modalità dell'incanto quel patriarcale sistema dell'accensione delle « *bougies* » (« candele » dell'art. 674 Cod. proc. civ.) al quale il codice francese (e con esso il nostro) sembra tanto affezionato. Peraltro in questo decreto del 17 giugno 1938 c'è uno spiraglio attraverso il quale può darsi che prima - poi passi, a travolger le superstiti candele, il dinamismo del secolo dell'elettricità; il cpv. dell'art. 705 stabilisce infatti, con una certa prudenza burocratica, che « *l'emploi des bougies pourra être remplacé par un autre moyen en vertu d'un réglement d'administration publique* ».

V. - Germania

Particolare interesse hanno per noi i commenti dedicati dai processualisti tedeschi al progetto Solmi per la riforma del Codice di procedura civile. Lo Schönke (in *Deutsche Justiz*, 1938, pag. 717 e segg.) si limita a riassumere le linee fondamentali del progetto, tenendo conto delle critiche che ad esso sono state mosse dalle Facoltà giuri-

diche di Firenze e di Milano. Rileva che il progetto si allontana dal principio dispositivo in modo molto più deciso della stessa legge tedesca, sicché non si potrebbe andare oltre senza compromettere i principî fondamentali del diritto privato (pag. 718); trova che sarebbe desiderabile una maggior chiarezza di disposizioni nella attuazione pratica dell'oralità (pag. 719), confuta l'opinione, espressa nel parere della Facoltà giuridica fiorentina, secondo la quale il diritto tedesco vigente si inspirerebbe, al contrario di questa riforma italiana che mira a rafforzare nella esecuzione forzata la tutela del creditore, a difendere il debitore contro gli eccessi dei creditori (sembra però che la miglior replica a questa confutazione dello S. sia costituita proprio da quella legge tedesca del 7 aprile 1938, che sopra abbiamo riassunto). Degne di attento studio sono le *Bemerkungen zum ital. Zivilprozesssentwurf* che JAMES GOLDSCHMIDT pubblica sull'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* (XIII, fasc. 4, pagg. 229-277). È inutile che qui riassumiamo il contenuto di questa relazione coll'ampiezza che meriterebbe, perché già un largo riassunto in lingua italiana è premesso, nell'*Annuario*, al testo tedesco: diciamo soltanto che il giudizio sul progetto Solmi dato dal grande processualista è, sia pure accompagnato da numerosi rilievi, in complesso favorevole (il G. trova che il progetto risponde a questo motto: « *fortiter in re, simpliciter in forma* »); e che fra tutti gli scritti critici pubblicati finora intorno al progetto, questo ci sembra, per la sua compiutezza, acutezza e rigore sistematico, il più istruttivo, — com'era del resto da attendersi dalla dottrina e dalla genialità dell'insigne maestro che l'ha redatto.

VI. - CECOSLAVACCHIA

Un primo passo verso la unificazione del diritto processuale è stato fatto in Cecoslovacchia colla presentazione al Parlamento, avvenuta nel marzo 1937 (OSWALD, *Die neuen Gerichtsstände nach dem tschechoslowakischen Entwurf eines Zuständigkeitsgesetzes*, in *ZZP*, LXI, 184 e segg.) di un progetto sulla unificazione delle regole della competenza per territorio: il quale rappresenta una fusione e un contemperamento del processo austriaco e del processo ungherese, tuttora vigenti in quelle regioni in cui queste leggi erano rispettivamente in vigore prima che entrassero a far parte della Repubblica cecoslovacca. Il Progetto tiene fermo, come regola, il foro personale del convenuto, desunto dalla sua residenza o dimora: accoglie il foro del libro di commercio (derivato dal diritto ungherese), il foro della fattura (derivato dal diritto austriaco) e il *forum delicti*, sconosciuto al diritto austriaco.

XVII

IL PROCESSO CIVILE IN RUSSIA (*)

Lo studio del processo civile russo può essere molto interessante, perché esso rappresenta, in coerenza dell'estremismo totalitario del regime sovietico, il tipo più perfetto di processo civile « pubblicizzato » e inquisitorio; qui si vede fino a qual punto, in un regime che ha abolito il diritto privato, il processo civile può avvicinarsi al processo penale senza peraltro identificarsi con esso. Questo processo civile sovietico costituisce, insieme col processo civile prussiano della riforma fridericiana, le colonne d'Ercole del processo civile, oltre le quali, se si volesse procedere più avanti sulla via della « pubblicizzazione », il processo civile non esisterebbe più.

Lo studio delle leggi processuali russe non è facile: non solo per la complicazione del sistema legislativo sovietico, aggravata per noi dalla difficoltà della lingua, ma anche per l'impossibilità quasi assoluta, che esisteva per noi anche prima della guerra, delle comunicazioni e dei contatti scientifici.

Il materiale da me raccolto risale a parecchi anni fa; e non tien conto del nuovo ordinamento giudiziario del 16 agosto 1938, che è stato approvato in Russia in seguito alla costituzione staliniana (1). Può darsi che questa riforma abbia apportato qualche innovazione anche al processo civile vigente in Russia prima di allora e ne abbia attenuato certi estremismi: in ogni modo penso che le notizie da me raccolte possano presentare ancora per gli studiosi un notevole interesse storico, anche se esse si riferiscono a fonti arretrate di circa un decennio.

È noto che, prima della guerra in corso, l'U.R.S.S. comprendeva una quantità di Stati, ciascuno dei quali aveva, per il processo civile,

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XIX, 1942, P. I, pagg. 287-294; ristampato in *Studi*, V, pagg. 321-330]. [*Bibliografia*, n. 268].

(1) Cfr. K., *Il nuovo ordinamento giuridico dell'U.R.S.S.*, in *Problemi del lavoro*, 1° marzo 1939, pagg. 14-15: v. anche NAPOLITANO, *U.R.S.S.*, in *Nuovo Dig. ital.*, vol. XII, P. II, pag. 733.

una propria legislazione; ma queste leggi non differivano notevolmente l'una dall'altra, sicché si può prendere come tipo quelle della Repubblica russa, alle quali appunto si riferiscono queste note.

Il codice di procedura civile fu approvato il 7 luglio 1923 ed è in vigore dal 1° settembre dello stesso anno. Ma successivamente ha avuto molte aggiunte e variazioni: l'edizione russa che ho presso di me contiene le modificazioni fino al 1° gennaio 1936.

Le leggi sulla organizzazione giudiziaria sono state tradotte in tedesco, insieme col codice penale e di procedura penale, dal FREUND (Mannheim-Berlin, 1925); ma, come ho avvertito, nel 1938 l'ordinamento giudiziario è stato profondamente riformato.

Commentarî del Cod. proc. civ. non si hanno che in russo. Sono invece numerosi gli articoli monografici pubblicati da giuristi tedeschi specialmente sulle due riviste *Zeitschrift für Ostrecht* e *Zeitschrift für Osteuropeisches Recht* che si pubblicavano separate in Germania dal 1924 al 1927 e che poi si fusero nella *Zeitschrift für Ostrecht*, che durò fino al marzo 1934. Successivamente fu ripubblicata per qualche tempo la *Zeitschrift für Osteuropeisches Recht* (Berlin, Heimann, 1934).

I principali articoli pubblicati da queste e da altre riviste tedesche sul processo civile russo sono i seguenti: POPOV, *Grundsätze des Zivilprozesses der Sovietunion* (*Z.f. Ostrecht*, 1927, n. 7, pagg. 897-911); MAURACH, *Die Zulässigkeit des Rechtsweges nach Zivilprozessrecht der R.S.F.S.R.* (*Z. f. vergleich. Rechtswissenschaft*, vol. XLVIII, 1934, pagg. 273-304); Id., *Die Rolle des Staatsanwalts im Zivilprozess in Sovetrussland* (in *Z. f. Ostrecht*, 1928, pag. 72 e segg.); Id., *Der Sovetrussische Adhäsionsprozess* (*ibid.*, 1928, pag. 1627 e segg.); Id., *Das Beweisverfahren im sovetrussischen Zivilprozess* (*ibid.*, 1932, 773 e segg.); Id., *Leitende Gedanken des Zivilprozesses der Sovetunion* (in *Z. f. Osteuropeisches Recht*, 1934, n. 1); TENIASCHEW, *Gesetz und gerichtliche Praxis im heuting Russland* (in *Archiv. f. d. civ. Praxis*, Neue Folge, XIII, 2, 1930); FREYMANN, *Die Prinzipien der Rechtssprechung in Sovetrussland* (in *Z. f. Osteurop. R.*, 1926, pagg. 433 e segg.); GRODZINSKI, *Die Zivilklage im Strafprozess der Sovetunion* (in *Z. f. Ostrecht*, 1930, pag. 951 e segg.); Id., *Die Kameradengerichte und Schlichtungskammern im Sovetrecht* (*ibidem*, 1930, pag. 951 e segg.); Id., *Die Privatklage im Sovetrecht* (*ibid.*, 1930, pag. 1055 e segg.); LANDAU, *Das Seeschiedsgericht in der DdSSR.* (*ibid.*, 1933, pag. 782 e segg.); RYNDZIUNSKI, *Das erste sovetrussische Gesetz über Zahlungsunfähigkeit* (*ibid.*, 1928, pag. 1457 e segg.); Id., *Die gesetzliche Regelung der Zahlungsunfähigkeit staatlicher und genossenschaftlicher Unternehmungen in der Sovetunion* (*ibid.*, 1929, pag. 1320 e segg.); THAL, *Neuordnungen der Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten in der UdSSR.* (*ibid.*, 1930, pag. 945 e segg.).

Si può anche consultare utilmente LESCK-LOEWENFELD, *Zivilprozessordnung der europäischen Staaten*, I, pag. 323 e segg.; e DANILOVA, *Diritto sovietico del lavoro*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1930, parte prima. Per il funzionamento pratico dei tribunali nella Russia sovietica, interessante l'inchiesta di G. LAFUMÉE, *Ici l'on juge*, pubblicata su *Marianne* del 14 agosto 1935, pag. 5.

* * *

Non si può intendere la portata del processo civile russo se non si parte dalla posizione costituzionale dei giudici i quali sono tutti quanti *elettivi* (non solo gli assessori popolari, che integrano il collegio nei tribunali di prima istanza, ma anche i giudici giuristi di tutti i gradi): elettori sono i cittadini che risiedono nella circoscrizione giudiziaria, ma la scelta dei candidati è fatta da organizzazioni e associazioni di partito. I giudici sono dunque organi del potere politico: la funzione giurisdizionale è considerata, anziché come indipendente applicazione di un diritto già consolidato in leggi, creazione di nuovo diritto in conformità delle direttive politiche del governo (2). Nella nuova legge sull'ordinamento giudiziario del 16 agosto 1938 l'art. 6 delle disposizioni generali proclama l'indipendenza dei giudici: gli scritti che qui riassumo si riferiscono, come ho detto, al periodo anteriore.

I codici, più che espressione di una legislazione compiuta, sono considerati come direttive generali, nei limiti delle quali i giudici possono creare il diritto del caso singolo. Ciò spiega la laconicità di questi codici e il numero relativamente esiguo degli articoli che li compongono: il codice civile aveva in origine 435 articoli, quello di procedura civile ne aveva 317 (3), ma nel testo del 1936 è stato aumentato a 473.

Il carattere creativo della giurisdizione si manifesta non solo nel processo penale, dov'è abolito il principio *nulla poena sine lege* e dove, attraverso l'analogia, ciascuno può essere penalmente perseguito per attività che il codice penale non prevede come reati (4); ma anche nel processo civile, in cui ha grande importanza l'art. 1° del Cod. civ., così formulato (nel testo del 31 ottobre 1922): « I diritti civili sono

---

(2) Cfr. FREYMANN, *Die Prinzipien der Rechtssprechung*, ecc., loc. cit., pagg. 437-438.

(3) POPOV, *Grundsätze*, cit., pag. 902.

(4) FREYMANN, *Die Prinzipien*, ecc., loc. cit., pag. 438; cfr. anche, nella dottrina italiana, G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. VIII, pag. 1176, n. 3.

tutelati dalla legge, ad eccezione di quei casi in cui essi sono esercitati in contrasto colla loro destinazione economico-sociale » (5). Così, attraverso il controllo che il giudice deve esercitare in ogni caso, secondo la sua coscienza politica, sull'esercizio del diritto soggettivo, la tutela di questo diventa incerta e relativa; i diritti soggettivi individuali non sono aboliti, ma la loro « azionabilità » dipende caso per caso dalla valutazione politica del giudice, il quale, col negare nel caso concreto la tutela processuale a chi gliela domanda, ha il potere discrezionale di retrocedere il diritto soggettivo a semplice interesse non protetto (6). Quali conseguenze pratiche possano derivare da questo sistema di controllo politico del giudice sui diritti individuali del cittadino, è illustrato, in alcuni di questi scritti, attraverso caratteristici esempi; nel far questa valutazione sociale-economica delle ragioni dei litiganti, il giudice è spesso tratto a lasciarsi guidare dalla posizione politica delle parti: la stessa domanda che è accolta come corrispondente al diritto se è presentata da un « proletario » è respinta come immeritevole di tutela se è presentata da un « borghese » (7).

* * *

Come regola fondamentale il Codice di procedura civile mantiene il principio della domanda, *nemo iudex sine actore*, stabilendo che i tribunali giudicano « su richiesta della parte interessata » (art. 2) (8); ma, una volta proposta la domanda, il giudice ha, non solo, come si dirà più avanti, estesi poteri di iniziativa per l'accertamento della verità, ma può anche, nella decisione, andare *ultra petita partium* (art. 179) (9). Il pubblico ministero ha poi larghi poteri suppletivi che si esplicano o mediante l'intervento in una causa già pendente su domanda dell'interessato, o mediante azione autonoma nel caso che l'interessato rimanga inerte (10).

Secondo l'art. 2 del Cod. proc. civ., il pubblico ministero ha potere di proporre una causa civile o di entrare in una causa già pendente tutte le volte che « secondo la sua opinione ciò sia richiesto a difesa dello Stato o della massa lavoratrice »; in termini simili si

---

(5) FREYMANN, *Die Prinzipien*, ecc., loc. cit., pagg. 430-440; MAURACH, *Leitende Gedanken*, ecc., loc. cit., pagg. 36-38, 45-46.

(6) Cfr. il mio scritto *La relatività del diritto di azione*, in *Studi*, vol. V, n. 10.

(7) FREYMANN, *Die Prinzipien*, ecc., loc. cit., pagg. 440-441; cfr. esempi in PAYEN, *La justice en danger* (Paris, 1937), pag. 75.

(8) MAURACH, *Leitende Gedanken*, ecc., loc. cit., pagg. 40-41.

(9) POPOV, *Grundsätze*, loc. cit., pag. 808.

(10) MAURACH, *Die Rolle des Staatsanwalts*, ecc., loc. cit., pag. 721 e segg.

esprime l'art. 59 della legge sull'ordinamento giudiziario del 19 novembre 1926. Questi poteri del pubblico ministero vanno messi in relazione col già ricordato art. 1 del Cod. civ., e coll'art. 4 dello stesso Codice, secondo il quale la capacità giuridica è riconosciuta ai cittadini « allo scopo dello sviluppo delle forze produttive del paese »; attraverso questi due articoli, che costituiscono, come è stato detto, una specie di spada di Damocle sospesa sul diritto privato, il pubblico ministero è in grado di vigilare a che anche il processo civile serva sempre a scopi di interesse pubblico (11).

Quando il pubblico ministero interviene in un processo già pendente, non è vincolato dalle domande delle parti: egli ha, anche per la richiesta di prove, l'autonomia di una parte principale. In certi casi (art. 12 Cod. proc. civ.) è lo stesso tribunale che prima di decidere su una causa dichiara necessaria la partecipazione del pubblico ministero; in altri casi (art. 172) il tribunale si può limitare a denunciargli la lite affinché, se lo crede opportuno, vi intervenga (12).

Il pubblico ministero ha poi il potere di iniziare come attore qualunque causa civile (anche in materia patrimoniale), quando ritenga che sia nell'interesse pubblico far valere un diritto individuale che il titolare non ha esercitato o per ignoranza giuridica o per ragioni di opportunità. Talvolta questa azione del pubblico ministero ha carattere suppletivo, e si svolge a favore dell'interessato incapace od inerte (per es. se il pubblico ministero chiede l'annullamento di un contratto gravoso concluso da un lavoratore sotto la coazione del bisogno) (13), ma può darsi anche che il pubblico ministero agisca a tutela del solo interesse pubblico, contro la volontà dello stesso interessato, il quale preferirebbe di rinunciare al suo diritto: in questo caso la causa è fatta nell'interesse dello Stato, al quale va il frutto della vittoria. Anche nel processo di esecuzione il pubblico ministero ha poteri altrettanto estesi: se il creditore non fa eseguire la sentenza contro il debitore, il pubblico ministero può sostituirsi a lui nell'esecuzione forzata, il provento della quale va allo Stato (14). Come l'esercizio dei diritti soggettivi sostanziali, così anche l'esercizio dell'azione giudiziaria è considerato una funzione sociale, alla quale il privato non può liberamente sottrarsi con inerzia o rinunzia, senza che il suo posto sia preso dal pubblico ministero, custode dell'interesse pubblico (15).

---

(11) MAURACH, *Die Rolle des Staatsanwalts*, ecc., loc. cit., pagg. 723-727.

(12) Id., pagg. 730-731.

(13) MAURACH, *Leitende Gedanken*, ecc., loc. cit., pagg. 40-41; Id., *Die Rolles des Staatsanwalts*, loc. cit., pagg. 728-729.

(14) MAURACH, loc. cit., pagg. 730-37.

(15) POPOV, *Grundsätze*, ecc., loc. cit., pag. 897.

Larghi poteri di iniziativa ha il pubblico ministero anche nelle impugnazioni: egli può, in quanto parte, impugnare la sentenza negli stessi limiti delle altre parti (artt. 244, 252, 254). Ma ha poi a sua disposizione, in limiti assai più ampi delle parti, il rimedio straordinario dell'azione di restituzione contro il giudicato, la quale, mentre dalle parti può esser proposta nel breve termine di un mese e solo per i motivi di dolo o di *noviter reperta*, dal pubblico ministero può essere fatta valere nel termine di un anno per il motivo di violazione di legge, che si ha non solo quando è stata trasgredita la legge letteralmente intesa, ma anche quando è stata applicata contro l'interesse dello Stato e della massa lavoratrice (art. 254 *b*) (16).

La parte convenuta è designata dall'attore nella domanda; è ammesso l'intervento in causa (artt. 163-171). Il tribunale, quando ritenga che l'attore o il convenuto non sia legittimato *ad causam*, deve di ufficio estrometterlo e chiamare al suo posto il vero legittimato (art. 166) (17). Per dimostrare la portata di questo potere del giudice è significativo un caso giurisprudenziale riferito dal MAURACH (18): una domanda di alimenti proposta dalla madre di un bambino contro il preteso padre naturale è respinta perché risulta che il convenuto non ha convissuto colla donna; ma la sentenza che la respinge è annullata dal tribunale superiore, il quale rileva che il tribunale di primo grado avrebbe dovuto ricercare di ufficio quale altro uomo potesse esser considerato come padre del bambino, e avrebbe dovuto chiamarlo in causa d'ufficio al posto dell'originario convenuto. Così, con questa sostituzione d'ufficio dei veri legittimati alle parti originarie, si può trovare in causa come attore chi non aveva alcuna intenzione di proporre una domanda, o come convenuto colui contro cui non è stata proposta alcuna domanda dall'attore (19).

* * *

Il procedimento è tutto basato sull'impulso di ufficio: la competenza, anche quella territoriale, è sempre inderogabile (artt. 30 e 33) (20). I termini non sono prorogabili: le notificazioni si fanno di ufficio.

La domanda è scritta: se è irregolare o incompleta, il giudice

---

(16) MAURACH, *De Rolle des Staatsanwalts*, ecc., loc. cit., pagg. 733-735.

(17) MAURACH, *Leitende Gedanken*, ecc., loc. cit., pag. 41; POPOV, *Grundsätze*, ecc., pag. 899.

(18) MAURACH, *Das Beweisverfahren*, ecc., loc. cit., pag. 777.

(19) POPOV, *Grundsätze*, ecc., loc. cit., pagg. 900-901.

(20) POPOV, loc. cit., pag. 904.

ne suggerisce la rettificazione e il completamento (art. 81). Le parti possono stare in giudizio personalmente o per mezzo di rappresentante: la partecipazione degli avvocati non è obbligatoria (artt. 16 e 20) (21). Non esiste né udienza preliminare né udienza presidenziale: tutte le questioni si trattano oralmente e pubblicamente dinanzi al collegio. Anche l'istruttoria si svolge in pubblico all'udienza collegiale (22); dopo esaurite le prove, la sentenza è immediatamente deliberata su relazione di uno dei giudici, e pubblicata oralmente.

Il sistema delle prove si ispira come regola al principio inquisitorio, con qualche residuo del principio dispositivo in via eccezionale (23). L'art. 5 del Cod. proc. civ. pone l'obbligo fondamentale del tribunale di chiarire in ogni senso i diritti e la posizione effettiva delle parti; il giudice non è dunque vincolato alle allegazioni delle parti, ma, servendosi del suo potere di inchiesta (*Fragerecht*), deve d'ufficio mettere in chiaro le circostanze di fatto che appaiono essenziali per la decisione. Specialmente il tribunale deve adoprarsi per assicurare ai lavoratori, che si rivolgono ad esso, mezzi di aiuto per la difesa dei loro diritti, affinché la loro inesperienza giuridica, l'analfabetismo e simili circostanze non li mettano in condizione di inferiorità nel processo. A tale scopo il tribunale deve spiegare alle parti quali sono i loro diritti processuali, e richiamarle all'osservanza delle forme processuali ed alle conseguenze che possono derivare dal trascurarle (24).

Nonostante questa proclamazione del principio di ufficialità contenuta nell'art. 5, che dà all'azione nel processo civile una funzione molto vicina a quella della denuncia nel processo penale (25), altri articoli mantengono in vita il principio dispositivo e l'onere della prova. Secondo l'art. 118, ogni parte ha l'onere di provare i fatti che essa pone a fondamento delle sue affermazioni o eccezioni: le prove sono proposte dalle parti, ma possono anche essere ordinate d'ufficio; se le prove prodotte sono esaurienti, il tribunale può vietare alle parti di aggiungerne altre. Le prove devono essere dedotte dalle parti fino dall'inizio del processo: quelle tardive possono essere ammesse solo quando il tribunale consideri giustificati i motivi del ritardo (art. 106) (26). Ma è facile intendere come le disposizioni di questi due articoli 106 e 118 non abbiano efficacia preclusiva, in quanto

---

(21) POPOV, loc. cit., pag. 903.

(22) Cfr. una minuziosa descrizione di un'udienza civile nella citata inchiesta di LAFUMÉE.

(23) MAURACH, *Das Beweisverfahren*, ecc., loc. cit., pag. 773.

(24) MAURACH, loc. cit., pag. 774.

(25) MAURACH, *Leitende Gedanken*, ecc., loc. cit., pag. 42.

(26) MAURACH, *Des Beweisverfahren*, ecc., loc. cit., pagg. 774-777.

alla deficiente e tardiva attività probatoria delle parti può sempre supplire il giudice d'ufficio.

Non esistono fatti « incontroversi » che il giudice sia obbligato a porre a base della sua decisione: anche se le parti sono d'accordo, il tribunale può sempre esigere che i fatti tra esse non controversi siano provati (27). Solo il giudice può decidere quali siano i fatti che hanno bisogno di prova (art. 120); il tribunale può ritener accertato un fatto anche in base a speciale privata conoscenza della causa che abbia uno dei suoi componenti (art. 152) (28). Le prove sono liberamente valutate; anche la confessione ha perduto il carattere di prova legale; il giuramento è abolito. Si hanno però casi di limitazione della prova testimoniale, e di prova scritta richiesta *ad substantiam* (29). Le facoltà processuali riconosciute alle parti debbono essere esercitate in buona fede e con diligenza: la frode processuale e la negligenza sono vietate e punite (30).

* * *

Tutte le sentenze sono impugnabili; ma le impugnazioni non danno mai luogo a un riesame *in facto* e *in iure*. Non esiste un appello nel senso tradizionale della parola; ma solo impugnazioni limitate per determinati vizi (31). Non esiste opposizione contumaciale.

L'ordinamento giudiziario russo è molto complicato; ma schematicamente vi si possono distinguere due tipi di organi di primo grado (ambedue collegiali: il giudice unico non è adottato neanche per le piccole cause): i *tribunali del popolo*, che in materia civile hanno competenza sulle cause di minore importanza, e i *tribunali regionali*, competenti sulle altre (32). Al di sopra vi è il *tribunale supremo*. I tribunali del popolo e quelli regionali sono composti di un giudice stabile e di due assessori laici; il tribunale supremo di tre giudici stabili. I tribunali funzionano da giudici di impugnazione per le sentenze dei tribunali del popolo; il tribunale supremo per quelle pronunciate in primo grado dai tribunali regionali.

I mezzi di impugnazione sono due: il ricorso in cassazione per violazione di legge e per manifesta contraddizione di fatto (artt. 235-

---

(27) Ivi, 779.

(28) Ivi, 781.

(29) Ivi, pagg. 781-791.

(30) MAURACH, *Leitende Gedanken*, ecc., loc. cit., pag. 43.

(31) POPOV, *Grundsätze*, ecc., loc. cit., pagg. 907-10.

(32) POPOV, loc. cit., pag. 903; cfr. l'articolo citato, in *Problemi del lavoro*, pag. 14.

237), che può dar luogo a rinvio della causa al tribunale di prima istanza, che è tenuto a uniformarsi alla decisione del giudice superiore (artt. 247-248); e l'azione di restituzione, di cui si è già detto a proposito dei poteri del pubblico ministero (artt. 251-254) (33).

L'esecuzione forzata è regolata dagli art. 266 e segg.; e anche essa ammette larghi poteri di iniziativa riconosciuti all'organo esecutivo e al pubblico ministero (34).

• • •

Questo processo civile nelle grandi linee (dei procedimenti speciali, che anche nella legislazione russa sono numerosi, non si può dare qui neanche sommaria notizia) (35) dà netta l'impressione di essere stato costruito sul modello del processo penale: e la dottrina tedesca per esprimere questa tendenza del processo civile (avvertibile anche in altre legislazioni) a uniformarsi al processo penale, ha creato una frase brutta ma espressiva: *Poenalisierung* o *Kriminalisierung des Zivilprozesses*, che in italiano si potrebbe tradurre (chiedendo venia al vocabolario) come « *impenalimento del processo civile* ». Ma è degno di nota che mentre da una parte la trasformazione del diritto privato in diritto pubblico si è ripercossa sul processo civile accentuandone nel modo che si è veduto il carattere pubblicistico, nel campo del processo penale la legislazione russa mostra, per una categoria di delitti di azione privata, nei quali l'accusa è sostenuta dal leso e l'intervento del pubblico ministero non è obbligatorio (36), un fenomeno inverso: per quei reati che non hanno nemmeno indirettamente natura politica e non costituiscono una minaccia contro le leggi create per la instaurazione del sistema sovietico, si assiste a un ritorno del processo penale verso le forme del processo civile a tipo dispositivo, che si potrebbe chiamare, con espressione inversamente parallela a quella sopra ricordata, « *incivilimento del processo penale* ».

---

(33) Popov, *Grundsätze*, ecc., loc. cit., pag. 909.

(34) Popov, loc. cit., pag. 910 e i citati scritti di Ryndziunski.

(35) Cfr. gli scritti di Landau e di Thal già citati.

(36) Cfr. Grodsinski, *Die Zivilklage*, cit.

XVIII

PRESENTAZIONE A: J. CLARKE ADAMS, IL DIRITTO COSTITUZIONALE AMERICANO (*)

Gli studi di diritto comparato, che cento anni fa potevano apparire un lusso, diventano ogni giorno di più, anche nell'insegnamento universitario, un genere di prima necessità: ciò vale soprattutto per il diritto costituzionale. Il mondo, anche nelle sue strutture costituzionali, sta fatalmente diventando, nonostante gli apparenti sussulti, più ristretto e più omogeneo. Le pareti delle sovranità nazionali scricchiolano; ma, attraverso le breccie delle vecchie mura, già si intravedono al disopra più vasti edifici supernazionali in costruzione.

Per interpretare e « razionalizzare » in termini giuridici questo inarrestabile moto di unificazione sociale e politica del mondo, il giurista non può fare a meno dell'aiuto del diritto comparato. Il giurista di un secolo fa poteva tranquillamente rimaner chiuso entro la cerchia delle leggi patrie, illuminato dalla lampada familiare del diritto romano: oggi, se vuol intendere ciò che succede intorno a lui, in casa sua, deve uscire sulla strada e guardare oltre i confini e oltre i continenti; perché, anche sulla provincia giuridica dentro la quale egli si illude di vivere in pace, penetrano dall'alto, provenienti da più vaste sovranità, radiazioni giuridiche che un biologo chiamerebbe « vitalizzanti ».

Ciò vale, ho detto, specialmente per il diritto costituzionale: il quale, più che nelle formule, vive nel costume, e giorno per giorno si alimenta della politica. Per poter utilmente comparar tra di loro due ordinamenti costituzionali e trovar ciò che vi è di comune o di diverso nelle loro istituzioni, non basta conoscerne le leggi scritte, ma bisogna conoscere, dell'uno e dell'altro, la realtà sociale e politica

---

(*) [È la *Presentazione* al volume di JOHN CLARKE ADAMS, *Il diritto costituzionale americano. Linee essenziali*, Firenze, La Nuova Italia, 1954 (2ª edizione, 1965). La *Presentazione* si legge alle pagg. XI-XIV (V-VII della 2ª ediz.)]. [*Bibliografia*, n. 724].

che vive dentro questi involucri formali. In ordinamenti costituzionali distinti, può darsi che le stesse parole esprimano situazioni politiche sostanzialmente diverse; oppure, viceversa, che dietro parole diverse si ritrovi lo stesso costume. Ora nessuno meglio del prof. ADAMS era in grado di avviare gli studenti italiani a questa comprensione comparativa della costituzione americana: perché egli, professore di diritto pubblico in una Università americana, è anche un profondo conoscitore non solo degli istituti giuridici italiani, ma anche del clima politico nel quale essi sono nati e vivono; e gli è quindi facile scegliere nel costume su cui si fonda la grande democrazia americana problemi vivi, comparabili con quelli che affaticano la nostra giovine democrazia.

Il professore ADAMS ha lungamente vissuto in Italia, prima e dopo la guerra. Lo ricordo in questa Università, assiduo frequentatore, una ventina di anni fa, delle mie lezioni di diritto processuale civile; e ricordo che, nelle amichevoli conversazioni che seguivano alla lezione accademica, gli consigliavo di non fermarsi all'ordine formale delle leggi fasciste che parlavano ancora di libertà, ma di indagare, al di là degli schemi, la tirannia politica disfrenata dietro quell'ordine apparente. Una seconda volta egli tornò in Italia, subito dopo la guerra, e potè seguire da vicino, con comprensione di amico, la faticosa rinascita della libertà democratica sulle rovine lasciate dal fascismo: e anche in quegli anni, per noi difficili e laboriosi, potè accorgersi che il problema fondamentale della democrazia italiana era non tanto quello di creare nuove leggi, quanto quello di ricreare un costume. Lo stesso insegnamento vien fuori, attraverso la lettura di questo libro, dallo studio della costituzione americana; da uno scarno e generico testo di cinque articoli, un secolo e mezzo di fedeltà a quella ispirazione che il professore ADAMS chiama « mistica » e che si è tradotta in un operoso costume, ha potuto far dell'America quella grande democrazia che domina mezzo mondo; ma il giorno in cui la fedeltà a quella ispirazione venisse meno, nessuna costruzione di giuristi potrebbe impedire a questa grande democrazia di trasformarsi, anche lasciando intatte le sue leggi, in dittatura.

Questo libro, frutto di un felice esperimento universitario che meriterebbe di essere ripetuto ed esteso, è venuto fuori da un amichevole colloquio tra studiosi desiderosi di comprendersi: di fronte a un uditorio di studenti, il professor ADAMS esponeva un tema secondo il diritto americano; i professori BARILE e PREDIERI trattavano lo stesso argomento secondo il diritto italiano; e ne seguiva, tra loro e gli studenti, una discussione chiarificatrice. Questo libro è dunque il documento di un metodo didattico, che a paragone del nostro insegnamento *ex cathedra*, espressione tradizionale di autoritarismo cattedra-

tico, si potrebbe chiamare di collaborazione democratica tra studiosi desiderosi di intendersi, e di scoprire, superando le diversità di forma, coincidenze di sostanza e verità comuni.

Per aiutare i giovani italiani a comprendere, nei suoi elementi essenziali, la democrazia americana, il professore ADAMS ha dovuto, prima di tutto, comprendere egli stesso, con diretta esperienza, la democrazia italiana. Anche di questa fatica preliminare, che non è solo di scienza ma anche di amicizia, l'Università di Firenze deve essergli grata.

XIX

GIUDICI E LEGGI (*)

1. — Prima i giudici, e poi le leggi: la Cina ha seguìto in questo l'esempio della Russia. Una rivoluzione vittoriosa, per esser sicura che i suoi principî non siano fraintesi o traditi, deve prima di tutto, mentre essa dà mano a tradurli in leggi, provvedere a rinnovare i giudici: creare nuovi organi giudiziari che siano interpreti convinti e creatori della nuova legalità e che non si trovino, anche inconsapevolmente, impacciati e ritardati dalla vischiosità conservatrice del regime caduto. (Anche questa è un'esperienza che abbiamo fatto in Italia, dove è accaduto talvolta che i magistrati del vecchio regime, rimasti tutti in carica, abbiano continuato a interpretare le leggi senza accorgersi di quello che c'era di mutato nello spirito.)

Anche nel campo legislativo la Cina è oggi un cantiere: un ordinamento giuridico allo stato nascente. Le leggi non ricoprono ancora tutta la superficie sociale: vi è la Costituzione che pone i sommi principî programmatici; e, in esecuzione di questo programma, alcune leggi fondamentali sono già state approvate, per portare la certezza giuridica nei settori della vita nazionale ov'era più urgente. Ma sono come isole che emergono dopo l'inondazione: zone di diritto scritto che gradualmente si solidificano sulla fluida marea del costume e della ragione politica. « Non è vero — mi disse uno dei nostri informatori — che noi non abbiamo leggi. Abbiamo anche noi una legislazione, ma ancora incompiuta. Ciò dipende non da una nostra deliberata preferenza per il sistema del diritto libero, ma dal fatto che la codificazione scritta, alla quale lavoriamo, è ancora agli inizi ».

La prima assemblea popolare nazionale che si riunì in Pechino dal 15 al 28 settembre 1954 per approvare la Costituzione, fu eletta in base alla legge elettorale approvata dal Governo provvisorio il

---

(*) [Pubblicato in *La Cina d'oggi* (numero straordinario di *Il Ponte*, suppl. al n.° 4, aprile 1956), Firenze, La Nuova Italia, 1956, pagg. 277-284]. [*Bibliografia*, n. 832].

1° marzo 1953 (1). La Costituzione porta la data del 20 settembre 1954. In quella stessa sessione l'assemblea approvò le cinque leggi organiche, che integrano la struttura dei supremi organi costituzionali della Repubblica popolare: sull'ordinamento dell'assemblea popolare nazionale (20 settembre); sull'ordinamento del consiglio degli affari di Stato (cioè del governo: 21 settembre); sull'ordinamento giudiziario popolare (21 settembre); sull'ordinamento del pubblico ministero popolare (21 settembre); sull'ordinamento delle assemblee e dei consigli locali (21 settembre). Queste cinque leggi, insieme colla Costituzione, formano il *corpus* del diritto costituzionale della nuova Cina (2).

Ancor prima della approvazione della Costituzione, altre leggi di grande importanza erano state promulgate e messe in vigore dal governo provvisorio; e cioè: la legge sul matrimonio, del 1° maggio 1950 (3); la legge sulla riforma agraria (28 giugno 1950) (4); la legge sui sindacati operai (29 giugno 1950) (5); la legge sulla protezione del lavoro (2 gennaio 1953) (6).

I principî della politica adottata dal governo centrale nei confronti delle minoranze nazionali erano stati fissati col « programma generale » del 9 agosto 1952 (7).

2. — Secondo la legge sull'ordinamento giudiziario del 21 settembre 1954, la giustizia civile e penale è amministrata da corti popolari *locali*, distinte in tre gradi (corti popolari di primo grado; corti popolari intermedie; corti popolari superiori) e dalla Corte popolare suprema, unica in tutta la Repubblica (art. 1; art. 73 della Cost.).

Tutte le corti hanno formazione collegiale, fuori che nei giudizi sulle cause più semplici (art. 9). Concorrono a formare il collegio i *giudici* (magistrati con speciale preparazione professionale) e gli *assessori*, senz'alcuna speciale preparazione giuridica.

I giudici presidenti delle Corti locali sono eletti dalle assemblee legislative locali; il presidente della Suprema Corte popolare è eletto dall'Assemblea popolare nazionale. Gli altri giudici sono nominati dagli organi governativi locali o centrali.

---

(1) *The Electoral Law of the People's Republic of China*, Peking, 1953.

(2) Si trovano riunite, in traduzione inglese, in un volume edito a cura dell'ufficio traduzioni di Pechino: *Documents of the first Session of the first national People's Congress of the People's Republic of China*, Peking, 1955.

(3) *La loi sur le mariage*, Pékin, 1950.

(4) Cfr. indicazioni su di essa nel saggio di Aldo Musacchio, in questo stesso fascicolo de *Il Ponte* (pagg. 248-270).

(5) *La loi sur les Syndicats ouvriers*, Pékin, 1950.

(6) *Labour Insurance Regulations*, Pékin, 1953.

(7) *Policy towards Nationalities of the People's Republic of China*, Peking, 1953.

Gli assessori popolari sono elettivi (art. 35).

Per la nomina a giudice si richiede una speciale preparazione tecnica; si sono utilizzati a questo scopo anche avvocati e magistrati del precedente regime, oppure, data l'urgenza di coprire i posti, giovani che abbiano frequentato speciali corsi accelerati. Gradualmente tutti i giudici saranno nominati tra i laureati in legge.

Agli assessori non si richiede alcuna preparazione giuridica specializzata: essi sono tratti da tutte le classi sociali (tra gli assessori dei tribunali di Pechino la provenienza sociale è la seguente: 46% operai; 10% contadini; 3% artigiani; 10% intellettuali; 10% industriali; 15% massaie).

Uomini e donne, quando abbiano superato l'età di 23 anni, e godano dei diritti civili, sono ugualmente ammissibili alle funzioni di giudici e di assessori; nel distretto di Pechino il 35% degli assessori è costituito da donne (8).

Gli assessori partecipano ai giudizi di primo grado con uguaglianza di voto (un giudice e due assessori), non a quelli di appello (tre giudici). Il numero dei componenti il collegio varia secondo i gradi.

Le corti, secondo i loro diversi gradi, hanno competenza su circoscrizioni sempre più vaste, salendo dalla base al vertice: corti di primo grado in ogni distretto municipale, corti intermedie in ogni provincia; corti superiori in ogni regione; Corte suprema centrale, unica in tutto lo Stato, con sede a Pechino.

A questi organi giudiziari, che si possono denominare *ordinari*, si contrappongono i tribunali popolari *speciali*, previsti dalla Costituzione (art. 73), con competenza penale limitata a certi reati di carattere militare o controrivoluzionario, come il sabotaggio alle linee ferroviarie, lo spionaggio, ecc. (i tribunali penali militari; i tribunali per i trasporti ferroviari; i tribunali per i trasporti per acqua: art. 26 Ord. giud.). I giudici che compongono questi tribunali sono specializzati; ma sono funzionari civili, non militari.

Con legge apposita 21 settembre 1954 sono regolate le funzioni del pubblico ministero popolare: uffici di procura del popolo sono istituiti nelle circoscrizioni giudiziarie dei diversi gradi, culminando nella Suprema Procura del popolo, che ha sede in Pechino. Hanno funzioni ispettive sulla conformità alle leggi degli atti della pubblica amministrazione; di investigazione, di istruttoria e di accusa nei processi penali; di sorveglianza sulla esecuzione delle pene; di intervento nelle cause civili che interessino l'ordine pubblico (art. 4).

---

(8) Cfr. tra i documenti pubblicati in questo fascicolo de *Il Ponte* (parte VII, « Documenti »), il resoconto di un processo di divorzio, dinanzi alla corte intermedia di Pechino, composta di un uomo e di due donne, e presieduta da una donna.

3. — Non esistono per ora codici di procedura: nella Costituzione e nella legge sull'Ord. giudiziario sono consacrate certe fondamentali garanzie processuali; ma per il resto, in quanto al procedimento, le regole sono desunte dalla prassi o da regolamenti interni stabiliti per ogni circoscrizione dagli stessi magistrati, che si riuniscono per consigliarsi a tale scopo in comitato giudiziario (Ord. giud. art. 10).

La Costituzione (artt. 89 e 90) garantisce la inviolabilità della libertà individuale, del domicilio, del segreto epistolare. « Nessuno può essere arrestato senz'ordine di un tribunale popolare, o senza approvazione di un ufficio del pubblico ministero ». Per i delitti in flagrante, il colpevole può essere fermato dalla polizia o da qualsiasi cittadino, con obbligo della polizia di informare entro 24 ore il procuratore di giustizia: il quale entro 48 ore deve deferire l'imputato alla corte, o ordinarne la scarcerazione.

Il processo si svolge oralmente e pubblicamente: è garantito il diritto alla difesa (art. 76 Cost.; art. 7 Ord. giud.). Le parti hanno diritto di servirsi in giudizio della loro lingua nazionale (art. 77; art. 6 Ord. giud.).

L'accusato nel processo penale, o le parti nel processo civile, possono difendersi da sé, o possono farsi difendere da un avvocato, o da un prossimo parente o da un qualsiasi cittadino di loro fiducia, purché sia presentato da una associazione popolare o ammesso dalla corte. Se l'imputato non nomina un difensore, può essergliene nominato uno d'ufficio (Ord. giud. art. 7).

Non esiste più un ordine degli avvocati organizzato, che abbia il monopolio professionale della difesa forense; ma gli avvocati del precedente regime continuano ad esercitare le funzioni di difensori, e sono molto ricercati. Si è dovuto consentire che il patrocinio in giudizio possa essere assunto anche da difensori non tecnici, perché dopo la riorganizzazione dei tribunali il numero degli avvocati del precedente regime e degli studenti di legge era insufficiente alle nuove esigenze della pratica giudiziaria. Molti avvocati sono stati assunti nella nuova magistratura; uno dei vicepresidenti del Comitato permanente dell'Assemblea popolare è un ex-avvocato; e così il vicepresidente della Corte Suprema. Anche la signora Sce Liang, ministro della giustizia, esercitava prima della rivoluzione l'avvocatura. La sorveglianza disciplinare sugli avvocati è esercitata dagli organi giudiziari: anche qui si tratta di una situazione transitoria: « i vecchi avvocati sono accettati; i nuovi sono ancora in preparazione ». Gli avvocati di fiducia sono compensati dal cliente: quelli d'ufficio sono retribuiti dalla amministrazione.

Le prove sono apprezzate secondo la libera valutazione. La confessione non ha valore di prova legale: anzi essa non ha efficacia

probatoria piena se non è accompagnata da altre prove. La tortura è vietata.

La sentenza è pronunciata oralmente in udienza, e redatta in iscritto entro tre giorni: dev'essere motivata. Secondo lo schema abitualmente seguito, al dispositivo, con cui la sentenza si apre, segue la narrazione del fatto e la enunciazione dei motivi alla fine.

Le sentenze sono appellabili, secondo il principio del doppio grado, alla corte di grado superiore (Ord. giud. art. 11). Contro le sentenze di secondo grado che condannino alla pena di morte è ammesso un ulteriore appello. Anche in mancanza di istanza di parte, la sentenza di morte per potere essere eseguita deve essere sottoposta alla approvazione della Corte superiore (art. 11).

Anche le sentenze passate in giudicato possono essere sottoposte a revisione, su denuncia del pubblico ministero o anche d'ufficio, quando si scopra in esse un errore nella determinazione dei fatti o nella applicazione della legge (art. 12).

4. — L'art. 78 della Costituzione stabilisce che « nell'esercizio della funzione giudiziaria, i tribunali popolari sono indipendenti e non obbediscono che alla legge » (art. 4 Ord. giud.). Tutti i cittadini sono uguali dinanzi alla legge, senza distinzione di nazionalità, di razza, di sesso, di professione, di origine sociale, di religione, di istruzione, di fortuna, o di durata di residenza (Ord. giud. art. 5; cfr. artt. 85-86 Cost.). A garanzia della imparzialità, la parte ha diritto a ricusare i giudici nei casi previsti dalla legge (Ord. giud. art. 13).

I giudici sono indipendenti nel momento in cui giudicano; e le loro sentenze non possono essere modificate altro che in via di impugnazione o di revisione dinanzi agli organi giudiziari superiori. Ma come funzionari i giudici sono responsabili e non inamovibili: possono essere revocati dagli stessi organi legislativi o governativi che li hanno eletti o nominati, e di fronte ai quali essi rispondono dei loro atti, come ogni funzionario (la Costituzione riconosce anche, all'art. 97, il diritto del cittadino di agire per risarcimento contro il funzionario che abbia leso illegalmente i suoi diritti, Ord. giud. art. 32). La Suprema Corte è responsabile difronte all'Assemblea nazionale (art. 14 Ord. giud.), la quale non ha tuttavia il potere di cambiare le sentenze passate in giudicato.

È facile intendere, attraverso queste disposizioni, che nell'Ordinamento giudiziario cinese la indipendenza dei giudici non è intesa nel senso di una assoluta separazione della giustizia dalla politica come è intesa, almeno in teoria, nelle costituzioni democratiche occidentali. Non esiste un potere giudiziario indipendente, né un autogoverno dei giudici. Anche gli organi giudiziari devono concorrere

alla attuazione del programma politico stabilito dalla Costituzione: la Suprema Corte popolare, colla sua responsabilità difronte all'Assemblea nazionale popolare, costituisce in un certo senso l'organo di coordinazione, il ponte di passaggio tra la giustizia e la politica. Il dovere di cooperazione politica degli organi giudiziari è chiaramente affermato nell'art. 3 dell'Ord. giud.: « Le corti del popolo hanno l'ufficio di istruire le cause penali e civili, e, attraverso il giudizio, punire i delitti e dirimere le cause civili, allo scopo di salvaguardare il sistema democratico popolare, di mantenere l'ordine pubblico, di proteggere la pubblica proprietà, di sodisfare i diritti e gli interessi legittimi dei cittadini e di assicurare il compimento della costruzione socialista e della trasformazione socialista nel paese. Le corti del popolo, in tutte le loro attività, educano i cittadini ad essere fedeli al loro paese e alla volontaria osservanza della legge ».

Anche i giudici devono dunque, per la loro parte, cooperare a quell'opera pedagogica di educazione politica che è uno dei metodi della rivoluzione cinese.

5. — Si può ora meglio intendere che cosa significhi, in un regime dove non esiste ancora, per molte categorie di rapporti, una compiuta legislazione, il principio secondo il quale i tribunali popolari sono soggetti « soltanto alla legge ». Dove esistono leggi, essi le applicano non diversamente da quello che fanno i giudici europei; ma dove le leggi non esistono ancora, quali sono i criteri ai quali i giudici si ispirano nel giudicare?

Su questo punto abbiamo rivolto specifici quesiti ai nostri informatori: e le risposte sono state molto interessanti, perché ci hanno permesso di cogliere il processo attraverso il quale le esigenze sociali si trasformano in norme giuridiche fino ad assumere gradualmente forma definitiva di leggi scritte.

Per quelle materie per le quali non esistono ancora leggi « nuove », cioè leggi emanate dopo la liberazione, non si può far ricorso alle leggi del regime precedente, perché esse esprimevano le concezioni politiche di una classe dominante che oggi non domina più; né ispirarsi alle leggi dei paesi stranieri, perché le leggi da applicare in Cina devono venir dal didentro, cioè dalla coscienza e dalle esperienze storiche del popolo cinese; devono essere leggi « nate dalla nuova terra ». Allora, ove non esistono leggi, ogni giudice nel decidere cerca di ispirarsi non al suo personale arbitrio, ma alle tendenze programmatiche della nostra Costituzione, e alla morale sociale.

Qui noi cercammo di precisare ancor meglio la domanda: se non vi sono leggi che stabiliscano in anticipo quali fatti sono considerati come reati, come fanno i cittadini a distinguere il lecito dall'illecito?

se non vi sono leggi che determinino le pene, come fanno i giudici a graduare la diversa gravità dei reati e infliggere pene che siano proporzionate al fatto?

Risposta: « La distinzione tra il lecito e l'illecito è posta, prima che dalle leggi, dalla coscienza giuridica e morale del popolo. La morale tradizionale insegna che quando si è preso un prestito bisogna renderlo; che quando si è fatto un contratto bisogna osservarlo; che chi uccide si espone ad essere ucciso ». In questa risposta par di sentire un'eco del buon senso confuciano, che conosce la inutilità delle leggi scritte, ove non si appoggino alla educazione morale: la fiducia nella forza coercitiva della pura logica giuridica è una vocazione tutta europea (9).

In quanto alle pene, già esistono per certi reati le leggi che le determinano: come la legge per reprimere la corruzione dei pubblici funzionari, o la legge per reprimere i controrivoluzionari. Ma per i reati comuni, per i quali ancora non esiste una legislazione penale, tutte le corti di primo e di secondo grado hanno studiato i casi che via via si sono presentati al loro giudizio, e li hanno classificati, secondo la natura e la gravità del reato, in modo da distinguerli in tipi, e da stabilire per ciascun tipo una specie di tariffa di pene, oscillanti tra un massimo e un minimo. Questi lavori di « tipicizzazione », fatti da ciascuna corte per il proprio distretto, sono stati coordinati dalle Corti superiori e alla fine portati alla Corte Suprema che, dai dati così raccolti in tutto il paese, ha tratto gli elementi per dettare a tutti gli organi giudiziari criteri uniformi, che questi osservano fino a che non siano emanate le relative leggi. Così dalla decisione dei casi singoli vengono fuori gradualmente i criteri di massima: in modo che c'è così la sicurezza che le leggi, essendo soltanto una codificazione della giurisprudenza, sono veramente adeguate alla coscienza sociale.

La pena di morte è conservata per i reati più gravi, ma è raramente applicata (e solo colle garanzie stabilite dall'art. 11 Ord. giud.). Nella determinazione delle pene vi è di solito una grande elasticità: chi commette un reato per la prima volta, è punito con una sanzione assai mite; le pene aumentano per i recidivi. Le pene che consistono in privazione della libertà, si possono scontare in campi di lavoro all'aperto: i condannati per reati politici sono adibiti ai lavori per la costruzione delle dighe fluviali. Le pene mirano alla rieducazione: per questo, qualora vi siano prove di ravvedimento, la pena può essere

---

(9) Secondo il FISHER, *Storia d'Europa*, vol. I, Bari, Laterza, 1955, pag. 52, è « il principio di sovranità della legge che distingue la civiltà occidentale dalla cinese ».

ridotta e il condannato può essere rimesso subito in libertà; ciò vale anche per i reati politici. Non esiste la condanna all'ergastolo. Perfino la condanna a morte, che solo in casi gravissimi comporta la esecuzione immediata, può in altri casi essere pronunciata con esecuzione differita entro un termine massimo di due anni: se entro quel termine si hanno prove di rieducazione, la pena di morte è commutata in pena detentiva, o addirittura annullata. (Anche qui, contro questa fiducia nella rieducazione dei condannati, è facile lasciarsi andare ai commenti ironici: e non è mancato in proposito lo scetticismo beffardo dei giornalisti occidentali che in questi ultimi anni sono stati a visitare la Cina. Ma non si deve dimenticare che anche secondo la Costituzione italiana, art. 27, le pene « devono tendere alla rieducazione del condannato »: e che non si intende come si concilii con questa disposizione il mantenimento, da noi, della pena all'ergastolo. Sarebbe dunque più giusto fare oggetto di ironia questa nostra incongruenza!)

I provvedimenti di liberazione anticipata o di commutazione di pena, su proposta della direzione del reclusorio, sono deliberati dalla stessa autorità giudiziaria che ha inflitto la condanna.

Non ho potuto raccogliere precise notizie statistiche sulla criminalità, distinte secondo la natura dei reati: ovunque ho avuto occasione di parlare con magistrati (a Pechino e a Sciangai) mi è stato detto che l'imputazione largamente prevalente è il furto: rarissimi, specialmente nel nord, i reati di sangue e quelli sessuali (10).

6. — Per i contatti personali che ho avuto con alti magistrati di Pechino e di Sciangai, per la grande serietà con cui ho visto svolgersi le udienze, per testimonianze concordi di osservatori europei residenti in Cina da molti anni e capaci di confrontare i giudici del regime attuale con quelli del regime precedente, sono convinto che la giustizia è oggi amministrata in Cina con rigorosa imparzialità.

Nella vecchia Cina la corruttibilità dei giudici era tradizionale. Anche senza risalire a quel classico specchio di costumi che è il *Chin P'ing Mei* (11) nel quale si incontrano ad ogni passo giudici che con grande naturalezza si lasciano comprare dai giudicabili, adeguando

---

(10) Per il distretto di Pechino ho potuto avere soltanto il numero dei processi penali per reati comuni (esclusi quelli politici): 1949: processi n. 10368; 1950: n. 8476; 1951: n. 9723; 1952: n. 12480; 1953: n. 8496; 1954: n. 9441. Ma sono cifre che dicono poco, perché non distinguono le condanne dalle assoluzioni, né i giudizi di primo grado da quelli d'appello, né la natura dei reati.

(11) Romanzo cinese del sec. XVI, trad. a cura di P. Jahier e Maj-Lis Rissler Stoneman, Torino, Einaudi, 1955. Se ne veda la recensione in questo stesso fascicolo de *Il Ponte*.

la loro giustizia alla ricchezza del donativo, basta ricordare che cosa scriveva dei giudici pechinesi, una cinquantina di anni fa il vicario apostolico di Pechino, monsignor Alfonso FAVIER (12): « Nei tribunali di Pechino, come in quelli di tutta la Cina, la venalità della giustizia è passata in proverbio: — Se hai torto ma sei ricco, entra senza paura; se hai ragione ma sei povero, non entrare. — Tutto è messo a prezzo, discusso, acquistato e pagato; se un reo è condannato a cento colpi di bambù, l'esecutore calcola in anticipo il suo *valore* (cioè la sua potenzialità economica): se costui offre venti franchi (cifra inferiore al suo *valore*), continua a picchiare forte; ma quando arriva a prometterne cinquanta, che rappresentano il suo *valore*, continua, sì, a picchiare, il paziente grida, i colpi risuonano; ma senza fare alcun male, senza lasciare alcuna traccia ».

Anche questa, che era una delle piaghe incancrenite della vecchia Cina, oggi è solo un ricordo. Anche qui la rivoluzione popolare, come in tutti i campi della pubblica amministrazione, è riuscita, col suo intervento cauterizzatore, a riportare l'onestà.

---

(12) Mr. ALPHONSE FAVIER, *Pékin - Histoire et description*, 2ª ed., Paris-Lille, 1907, cap. XIX, pag. 327.